

COMMISSION EUROPÉENNE
SERVICE JURIDIQUE

Bruxelles, le 19 janvier 18
sj.l.dir(2018)375203

Documents de procédure juridictionnelle

À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

OBSERVATIONS

déposées par la **COMMISSION EUROPÉENNE**, représentée par M. Ulrich WÖLKER, conseiller juridique principal de la Commission, MM. Antoine BUCHET et Ramon VIDAL-PUIG, conseillers juridiques de la Commission, et M. Bart DE MEESTER, membre de son service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile auprès du service juridique, Greffe contentieux, BERL 1/169, 1049 Bruxelles, et consentant à la signification de tout acte de procédure via e-Curia,

dans l'affaire

AVIS 1/17 (Partie demanderesse: Royaume de Belgique)

en application de l'article 218, paragraphe 11, TFUE.

Contents

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCTION..... | 4 |
| 2. CONTEXTE..... | 6 |
| 2.1. Pratique internationale en matière de protection des investissements..... | 6 |
| 2.1.1. Importance des TBI et du RDIE en tant qu'instruments de la politique en matière d'investissements..... | 6 |
| 2.1.2. Contenu type des TBI classiques..... | 10 |
| 2.1.3. Le recours au RDIE en chiffres..... | 11 |
| 2.2. Politique de l'Union en matière de protection des investissements..... | 14 |
| 2.3. Description des dispositions de l'AECG relatives à la protection des investissements..... | 17 |
| 2.3.1. Dispositions matérielles..... | 18 |
| 2.3.2. Le système du tribunal des investissements..... | 22 |
| 3. ANALYSE JURIDIQUE..... | 26 |
| 3.1. Recevabilité..... | 26 |
| 3.2. Compatibilité avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union..... | 27 |
| 3.2.1. Exigences résultant du principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union selon la jurisprudence de la Cour..... | 27 |
| 3.2.2. Principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union..... | 32 |
| 3.2.3. Le STI de l'AECG est compatible avec le principe de l'autonomie..... | 33 |
| 3.2.4. Une «procédure de l'implication préalable» n'est pas obligatoire dans le cas de l'AECG..... | 54 |
| 3.3. Conformité aux principes d'égalité et de non-discrimination..... | 63 |
| 3.3.1. Reformulation de la question soulevée par la Belgique..... | 64 |
| 3.3.2. Les règles de non-discrimination ne sont pas applicables..... | 67 |
| 3.3.3. Le Chapitre 8 de CETA n'est pas discriminatoire..... | 69 |
| 3.4. Compatibilité du STI avec l'article 47 de la Charte..... | 74 |
| 3.4.1. Les investisseurs jouissent pleinement de leur droit d'avoir accès aux juridictions ordinaires, qui au sein de l'Union européenne offrent toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité..... | 75 |
| 3.4.2. L'accès à la justice n'est pas entravé..... | 80 |
| 3.4.3. Les investisseurs bénéficient, avec le STI, d'un règlement d'un différend devant un organe indépendant et impartial..... | 83 |
| 4. CONCLUSION..... | 100 |

1. INTRODUCTION

1. Le Royaume de Belgique a sollicité l'avis de la Cour de Justice conformément à l'article 218, paragraphe 11, du TFUE sur la question suivante:

L'AECG entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, signé le 30 Octobre 2016, est-il, en son chapitre huit («investissements»), Section F («règlement des différends relatifs aux investisseurs et États») compatible avec les traités, en ce compris les droits fondamentaux?

2. Plus particulièrement, le Royaume de Belgique s'interroge sur la compatibilité de l'Accord Economique et Commercial Global (AECG) entre le Canada et l'Union Européenne et ses États membres
 - avec la compétence de la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union ;
 - avec le principe d'égalité de traitement consacré aux articles 20 et 21 de la Charte des Droits Fondamentaux ;
 - avec les exigences de l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux.
3. Pour les raisons exposées dans ces observations, la Commission est d'avis que la section F du Chapitre 8 de l'accord de l'AECG est compatible avec les traités.
4. La demande du Royaume de Belgique ne concerne que l'AECG. Mais l'avis de la Cour de justice sur les questions soulevées par le Royaume de Belgique aura un impact décisif sur le développement futur de la politique de l'Union en matière d'investissements étrangers.
5. La conclusion de traités bilatéraux d'investissement (TBI) prévoyant un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États est un instrument essentiel de la politique en matière d'investissements. Il est largement employé depuis des décennies par presque tous les pays, y compris ceux qui figurent au nombre des principaux concurrents de l'Union (que ce soit en tant que sources ou destinations des investissements étrangers), tels que les États-Unis, la Chine ou le Japon.

6. L'avis de la Cour aura des répercussions très importantes pour d'autres accords bilatéraux négociés, ou en cours de négociation, par l'Union, dont le contenu est très similaire à celui de l'AECG et de façon plus générale sur la capacité effective de l'Union de mettre en œuvre sa nouvelle compétence exclusive au titre de l'article 207 TFEU à l'égard des investissements directs.
7. La Commission a déjà conclu la négociation de deux autres accords de libre-échange comportant des dispositions presque identiques avec Singapour et le Viêt Nam, et des accords semblables sont en cours de négociation avec le Japon, la Malaisie, le Mexique, le Chili, les Philippines et l'Indonésie, de même que des accords autonomes visant la protection des investissements avec la Chine et le Myanmar/la Birmanie.
8. L'avis de la Cour pourrait aussi avoir des répercussions pour les nombreux TBI conclus par les États membres avec des pays tiers (1 344 TBI avaient été signés en 2017). Si la Cour de justice devait conclure que le système du tribunal des investissements (STI) prévu dans l'AECG et les autres accords de l'Union mentionnés ci-dessus est incompatible avec les traités pour les motifs invoqués par la Belgique, il semble que, pour les mêmes raisons, les accords des États membres avec les pays tiers contenant le même système (ou *a fortiori* le mécanisme traditionnel de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)) devraient également être jugés incompatibles avec les traités. Par conséquent, il pourrait devenir nécessaire de renégocier substantiellement ou même dénoncer tous ces accords.
9. Par contre, l'AECG doit être clairement distingué des TBI conclus par les États membres entre eux (les TBI intra-UE). La Commission rappelle que, le 29 septembre 2016, elle a adopté des avis motivés dans des procédures d'infraction engagées contre cinq États membres concernant certains TBI intra-UE¹. En outre la

¹ Autriche (2013/2205); Pays-Bas (2012/2078); Slovaquie (2012/2066 et 2013/2208); Suède (2013/2207); et Roumanie (2013/2206).

La Commission considère que les TBI intra-EU, ainsi que l'application du mécanisme de RDIE contenu dans le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) dans un litige entre un investisseur d'un État membre et un autre État membre, violent l'article 3, paragraphe 2 TFUE, la libre circulation de capitaux et le droit d'établissement, tel que prévus notamment par les articles 49, 52, 56, et 63 TFUE, ainsi que les articles 64, paragraphe 2, 65, paragraphe 1, 66, 75, 107, 108, 215, 267 et 344 TFUE et les principes généraux du droit de l'Union de l'autonomie, de l'effectivité, de la cohérence et l'unité du droit de l'Union et de la sécurité juridique

Cour de justice est appelée à se prononcer sur la compatibilité du mécanisme de RDIE contenu dans un TBI entre la Slovaquie et les Pays-Bas dans l'affaire C 284/16, République slovaque contre Achmea BV. Pour les raisons exposées dans les observations présentées par la Commission dans cette affaire, le mécanisme de RDIE contenu dans les TBI intra-UE est incompatible *per se* avec plusieurs dispositions des traités². Comme expliqué également dans ces observations, toutefois, les arguments avancés par la Commission contre le mécanisme de RDIE intra-UE ne sont pas transposables aux TBI extra-UE. La Commission tient à souligner que, de même, les arguments avancés ci-dessous à propos de l'AECG ne peuvent pas être extrapolés aux TBI intra-UE.

2. CONTEXTE

2.1. Pratique internationale en matière de protection des investissements

2.1.1. Importance des TBI et du RDIE en tant qu'instruments de la politique en matière d'investissements

10. Les mouvements de capitaux, et notamment les investissements étrangers directs, ont considérablement augmenté au cours des dernières décennies. À la fois cause et conséquence de la mondialisation, les flux d'investissements étrangers directs ont atteint en 2015 presque 1 640 milliards d'USD³.
11. Il est généralement admis que les flux d'investissements tant entrants que sortants ont une incidence positive sur la croissance économique et la prospérité⁴. C'est ce qui explique que la plupart des pays (y compris l'Union et ses États membres) déploient des efforts considérables pour attirer et promouvoir les investissements étrangers. Depuis les années 1950, un instrument essentiel de cette politique réside dans la conclusion de traités bilatéraux d'investissement (TBI)⁵.

² Plus particulièrement, la Commission estime qu'un tel mécanisme de RDIE intra-EU est incompatible avec les articles 19 TUE, 267 TFUE, 344 TFUE, les principes généraux du droit de l'Union de l'autonomie, de l'effectivité, de la cohérence et l'unité du droit de l'Union, ainsi qu'avec le principe général de non-discrimination, tel qu'exprimé aux articles 49 et 63 TFUE.

³ Voir OECD (2018), FDI flows (indicator). doi: 10.1787/99f6e393-en (Consulté le 03 janvier 2018).

⁴ Voir la communication de la Commission du 7 juillet 2010 intitulée «Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux», COM(2010) 343 final, p. 3.

⁵ Le premier TBI a été conclu en 1959 par l'Allemagne et le Pakistan. Ce TBI ne contenait pas de mécanisme de RDIE. Voir note en bas de page n 14.

12. La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a déclaré que «l'amélioration des normes de traitement des investisseurs étrangers» et «la protection des investisseurs étrangers» comptent parmi les «manières les plus courantes, pour les pays, d'attirer des investissements étrangers»⁶. De l'avis de la CNUCED, bien qu'il ne soit pas possible de mesurer précisément l'incidence concrète des TBI sur les flux d'investissements, il est certain que ces traités jouent un important rôle de catalyseur:

[Les accords internationaux d'investissement] *rendent généralement le cadre réglementaire plus transparent, stable, prévisible et sûr – c'est-à-dire qu'ils permettent aux facteurs économiques de jouer leur rôle. Et lorsque ces accords réduisent les obstacles à l'IED et que les facteurs économiques sont favorables, ils peuvent se traduire par davantage d'IED. [...]*⁷.

13. En 2016, 3 324 TBI avaient été déjà signés et presque tous les pays dans le monde avaient conclu au moins un traité de ce type⁸. Les États membres sont parmi les premiers à avoir eu recours aux TBI et font aussi partie de ceux qui les utilisent le plus fréquemment. En effet, d'après les dernières données disponibles, les États membres sont aujourd'hui parties à 1 344 TBI, conclus avec 149 pays tiers⁹.
14. En règle générale, les garanties convenues dans les TBI s'appliquent dès l'instant où un investissement est admis dans le pays d'accueil conformément à la législation et à la réglementation dudit pays. Parfois des dispositions sur la protection des investissements sont incluses dans les accords de libre-échange, parallèlement aux dispositions sur la libéralisation des investissements¹⁰.

⁶ CNUCED, *World Investment Report 2003* (disponible à l'adresse suivante: http://unctad.org/en/docs/wir2003light_en.pdf), p. 86.

⁷ CNUCED, *World Investment Report 2003* (disponible à l'adresse suivante: http://unctad.org/en/docs/wir2003light_en.pdf), p. 91.

⁸ CNUCED, *World Investment Report 2016* (disponible à l'adresse suivante: <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1782>), p. 111.

⁹ Voir la publication, au JO C 147 du 11.5.2017, p. 1, des derniers TBI en date notifiés par les États membres conformément au règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers (JO L 351 du 20.12.2012, p. 40).

¹⁰ Le premier exemple d'accord de libre-échange comportant des dispositions sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) est l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) de 1992. La protection des investissements est depuis un élément standard de tous les accords de libre-échange conclus par les États-Unis. De même, les accords de libre-échange conclus par le Japon comprennent généralement des dispositions relatives à la protection

15. Dans le secteur de l'énergie, le traité sur la Charte de l'énergie (TCE)¹¹, un accord multilatéral signé en 1994, prévoit des normes de protection des investissements semblables à celles que contiennent les TBI. Cinquante-quatre parties, dont l'Union européenne et Euratom, ainsi que les États membres, ont signé le TCE ou y ont adhéré¹².
16. Traditionnellement, des TBI ont été conclus entre des pays développés qui étaient des exportateurs de capitaux et des pays en développement importateurs de capitaux. Toutefois certains pays en développement (par exemple, la Chine) sont devenus eux-mêmes des grands exportateurs de capitaux, y compris vers les pays développés. En outre, il existe une tendance croissante à inclure des dispositions en matière de protection des investissements dans les accords bilatéraux ou multilatéraux entre pays développés, souvent en complément des dispositions sur la libéralisation des investissements¹³.
17. La grande majorité des TBI et des accords de libre-échange qui comportent des dispositions sur la protection des investissements, ainsi que le TCE, prévoient un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) permettant à un investisseur de saisir un organe d'arbitrage international pour demander une indemnisation de l'État d'accueil, lorsque ce dernier n'assure pas la protection prévue dans l'accord.¹⁴ Le RDIE, malgré son caractère procédural, est en

des investissements et au RDIE. L'accord de partenariat transpacifique (TPPA), un accord de commerce et d'investissement signé le 4 février 2016 par l'Australie, le Brunei, le Canada, le Chili, les États-Unis (jusqu'au 23 janvier 2017), le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Viêt Nam, prévoit également des mesures de protection des investissements et le RDIE.

¹¹ Le traité sur la Charte de l'énergie a été approuvé par le Conseil et la Commission en vertu de la décision 98/181/CE, CECA, Euratom du 23 septembre 1997 (JO L 69 du 9.3.1998).

¹² Toutefois, l'Italie a dénoncé le TCE en 2016. La Commission rappelle encore une fois sa position selon laquelle le TCE n'est pas applicable entre les États membres.

¹³ À titre d'exemples d'accords multilatéraux comprenant des dispositions en matière de protection des investissements entre des pays développés (y compris le RIDIE), on peut mentionner l'ALENA, le TPPA et le TCE. À titre d'exemples d'accords bilatéraux, on peut citer les accords conclus par les États-Unis avec la Corée et Singapour ou les accords conclus par le Japon avec la Suisse, la Corée et Singapour.

¹⁴ À partir de 1970, les TBI ont commencé à prévoir un mécanisme de RDIE. Par exemple, le premier TBI conclu par la Belgique et comprenant un mécanisme de RDIE est le TBI entre la Belgique/Luxembourg et l'Indonésie, signé en 1970. On a estimé qu'en 2012, 96 % des TBI prévoyaient un mécanisme de RDIE, y compris la quasi-totalité des traités conclus récemment. Voir OCDE (2012), *Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey* (disponible à l'adresse suivante:

soi une garantie indispensable qui incite et protège les investissements et, pour cette raison, est souvent considéré comme une disposition essentielle des TBI par les parties.

18. Les investisseurs n'ont pas toujours eu directement accès à un véritable mécanisme de règlement des différends. La méthode traditionnelle de règlement des différends internationaux entre investisseurs étrangers et pays d'accueil était la protection diplomatique accordée par un État à ses citoyens par l'exercice de droits propres à cet État en vertu du droit international¹⁵. Cependant, la protection diplomatique traditionnelle présente un certain nombre d'insuffisances, aussi bien du point de vue de l'État que de l'investisseur. En particulier, les investisseurs doivent avoir épuisé préalablement les voies de recours internes dans l'État qui aurait commis la violation.¹⁶ En outre, c'est l'État qui a le droit d'exercer sa protection diplomatique. Ainsi, l'investisseur dépend entièrement du pouvoir discrétionnaire politique de son gouvernement d'intenter une action, d'interrompre la protection à tout moment ou même de renoncer à la demande.¹⁷ Du point de vue des États, l'exercice de la protection diplomatique peut avoir une incidence négative sur leurs relations internationales dans la mesure où elle est souvent perçue comme une forme de

<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291678.pdf>.)

¹⁵ Comme l'a expliqué la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*:

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.

Affaire des *concessions de Mavrommatis en Palestine*, CPJI, série A, n° 2, p. 12.

¹⁶ Voir le Projet d'articles sur la protection diplomatique (2006), texte adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, paraît dans Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément no 10 (A / 61/10).

¹⁷ Comme la Cour Internationale de Justice a déclaré dans l'affaire *Barcelona Traction*:

L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'État jouit d'une liberté d'action totale.

Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd (Belgique c Espagne), Arrêt du 5 février 1970, Recueil CIJ (1970) 79.

pression politique ou d'ingérence injustifiée dans les affaires intérieures d'autres États.¹⁸ Bien que rarement utilisé, l'arbitrage entre États est une autre méthode de règlement des différends en matière d'investissement disponible dans la grande majorité des traités d'investissement. Cependant, les méthodes de règlement des différends entre États présentent les mêmes inconvénients que la protection diplomatique. Afin de surmonter les insuffisances de ces méthodes de règlement des différends tant pour les investisseurs que pour les États, ceux-ci ont réalisé que les investisseurs devaient avoir un accès direct à des moyens efficaces de règlement des différends internationaux¹⁹.

2.1.2. Contenu type des TBI classiques

19. Les TBI visent à favoriser et à promouvoir les investissements étrangers en garantissant aux investisseurs étrangers le bénéfice de diverses normes de protection. Les normes protectrices essentielles qui figurent généralement dans les TBI sont le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement «juste et équitable» et la protection contre l'expropriation sans indemnisation.
20. En vertu du mécanisme de RDIE inclus dans la plupart des TBI (et les accords de libre-échange prévoyant une protection des investissements), les différends relatifs aux investissements sont tranchés par un tribunal *ad hoc*, le plus souvent constitué conformément aux règles sur l'arbitrage commercial, à savoir que les parties au différend (soit l'investisseur et l'État mis en cause) désignent en principe chacun un arbitre et conviennent d'un troisième qui préside le tribunal. Ces tribunaux arbitraux sont dissous une fois leur sentence rendue. Les arbitres sont rémunérés par les parties au différend sur la base d'honoraires forfaitaires par journée prestée. Excepté lorsque la procédure d'arbitrage est régie par des traités plus récents, la procédure est soumise à des règles strictes de confidentialité, selon lesquelles les parties doivent s'accorder sur la part d'informations relatives au litige qui est rendue publique.

¹⁸ Par exemple, avec les doctrines dites «Calvo» ou «Drago», les pays latino-américains ont traditionnellement cherché à exclure l'admissibilité de la protection diplomatique à l'égard des investisseurs étrangers. Voir D. Shea, *The Calvo Clause* (1955).

¹⁹ Ainsi, lorsque la CIRDI a été rédigée, l'exclusion de la protection diplomatique a été justifiée par la nécessité de soustraire ces différends du domaine politique et diplomatique. Voir histoire de la Convention, vol II, Part 1, pp. 242, 273, 303, 372, 464.

21. Les règles de procédure les plus fréquemment appliquées pour statuer sur les différends en matière d'investissement sont celles du règlement d'arbitrage adopté en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (convention du CIRDI)²⁰ ou du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).²¹ D'autres règles peuvent également s'appliquer. Les règlements d'arbitrage sont incorporés par renvoi dans les accords d'investissement.
22. Les sentences rendues par les tribunaux arbitraux sont définitives et ne peuvent être contestées devant ces juridictions sur la base d'erreurs de droit ou d'appréciation. La reconnaissance et exécution des sentences prononcées dans le cadre d'une procédure de RDIE sont régies soit par la Convention du CIRDI, soit par les dispositions internes applicables et par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York).²²

2.1.3. *Le recours au RDIE en chiffres*

23. Selon la CNUCED, au 31 juillet 2017 on dénombrait en tout 817 affaires de RDIE fondées sur des traités d'investissement internationaux²³. La majorité de ces procédures ont été engagées au titre des règles du CIRDI²⁴.

²⁰ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, faite à Washington le 18 mars 1965 (disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_French-final.pdf.)

²¹ Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (disponible à l'adresse suivante: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf>.)

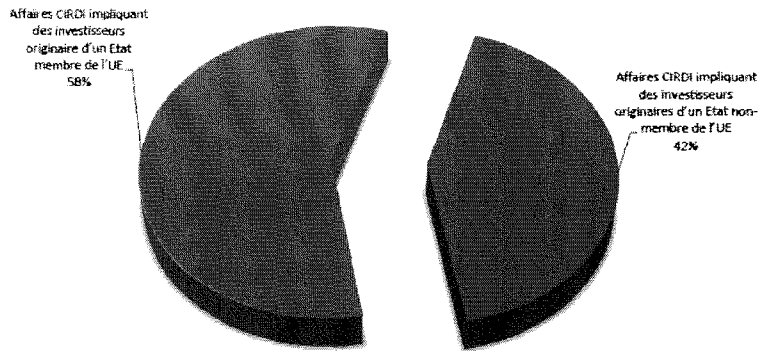
²² Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations Unies, faite à New York le 10 juin 1958 (disponible à l'adresse suivante: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf>).

²³ CNUCED, Investment Policy hub (statistique disponible à l'adresse suivante: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> , consultée le 3 janvier 2018).

D'une manière générale, ces traités ne prévoient pas d'obligation juridique de divulguer l'ouverture d'une procédure. Il n'est donc pas possible d'établir avec certitude le nombre exact de procédures engagées. Les affaires «connues» sont celles pour lesquelles quelques informations au moins relèvent du domaine public, ce qui permet de les comptabiliser.

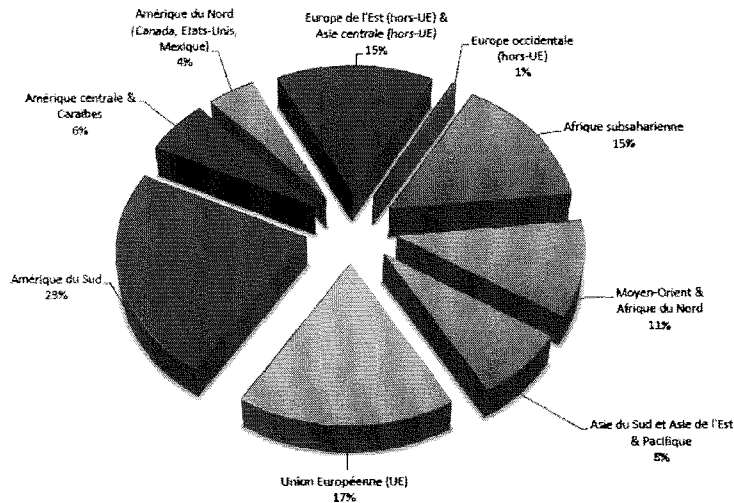
²⁴ Au 30 juin 2017, le CIRDI a enregistré 619 affaires sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire. Voir Banque mondiale. *Affaires du CIRDI – Statistiques (Numéro 2017-2)*. Washington, DC: World Bank Group (Disponible à l'adresse suivante: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU\(French\)April%202017.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU(French)April%202017.pdf).)

24. Il ressort de données du CIRDI que les investisseurs des États membres sont de loin les utilisateurs les plus fréquents du RDIE et, par conséquent, ses plus grands bénéficiaires. En effet, les données disponibles montrent que dans 58 % des affaires, la partie plaignante était un investisseur de l'Union.



Graphique n° 1: Ensemble des affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire – Origine géographique des investisseurs. Source: CIRDI (2017)²⁵

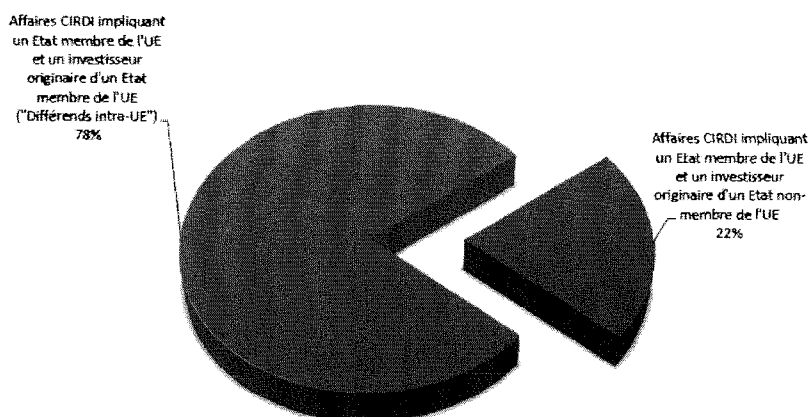
25. Par contre, les États membres ont rarement été attaqués par des investisseurs des pays tiers. Les mêmes données du CIRDI montrent qu'au 30 avril 2017 seuls 17 % de l'ensemble des affaires traitées dans le cadre de la convention du CIRDI impliquaient un État membre de l'Union agissant comme État défendeur.



²⁵ CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques (numéro spécial – Union Européenne)*, 2017, Washington, DC: World Bank Group. (Disponible à l'adresse suivante: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU\(French\)April%202017.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU(French)April%202017.pdf).)

Graphique n° 2: Répartition géographique de l'ensemble des procédures enregistrées au titre de la convention et du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, par État partie au différend. Source: CIRDI (2017)²⁶

26. En outre, 22 % à peine de ces procédures avaient été engagées par des investisseurs originaires de pays tiers. Les autres affaires concernaient des différends internes à l'Union, ayant amené des investisseurs d'un État membre à engager une action à l'encontre d'un autre État membre.²⁷



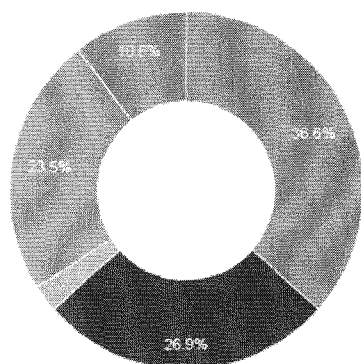
Graphique n° 3: Affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire impliquant comme partie au différend un État de l'UE – Origine géographique des investisseurs. Source: CIRDI (2017)²⁸.

27. D'après les chiffres de la CNUCED, plus d'un tiers des procédures de RDIE ont été conclues en faveur de l'État défendeur (36,64 %), contre un peu plus d'un quart en faveur de l'investisseur (26,9 %). Près d'un quart (23,5 %) des affaires ont été réglées à l'amiable entre les parties.

²⁶ CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques (numéro spécial – Union Européenne)*, 2017, Washington, DC: World Bank Group. (disponible à l'adresse suivante: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU\(French\)April%202017.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU(French)April%202017.pdf))

²⁷ Comme il a été rappelé plus haut, la Commission estime que les TBI intra-EU, ainsi que l'application intra-UE du TCE sont incompatibles avec les traités.

²⁸ Banque mondiale. 2017. *Affaires du CIRDI – Statistiques (numéro spécial – Union Européenne)* Washington, DC: World Bank Group. (disponible à l'adresse suivante: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU\(French\)April%202017.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU(French)April%202017.pdf))



- ♦ Decidé en faveur de l'Etat
- Decidé en faveur des investisseurs
- * Decidé en faveur de deux parties ne (responsabilité trouvé, mais aucun dommage attribué)
- * Colonisé
- * Discontinued

Graphique n° 4: Procédures de RDIE clôturées. Source: CNUCED (2017)²⁹.

28. Dans le cadre des TBI en vigueur entre le Canada et un État membre³⁰, seules cinq procédures ont été engagées par des investisseurs canadiens. L'État membre défendeur a obtenu gain de cause dans deux de ces affaires; les trois autres sont en instance³¹.

2.2. Politique de l'Union en matière de protection des investissements

29. L'Union européenne est à la fois le principal pourvoyeur et le principal destinataire d'investissements étrangers directs dans le monde, avec des flux entrants de 467 milliards d'EUR et des flux sortants de 529 milliards d'EUR en 2015³².

30. La libéralisation des investissements étrangers directs figure parmi les objectifs de la politique commerciale commune de l'Union³³. De même, la libéralisation des

²⁹ CNUCED, Investment policy hub (statistique disponible à l'adresse suivante: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000>, consultée le 3 janvier 2018).

³⁰ Le Canada a conclu des TBI avec huit Etats membres: Croatie, République Tchèque, Hongrie, Lettonie, Malte, Pologne, Roumanie et République Slovaque. Ces accords seront remplacés par l'AECG dès son entrée en vigueur. Voir article 30.8 de l'AECG.

³¹ CNUCED, Investment Policy hub (statistique disponible à l'adresse suivante: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000>, consultée le 3 janvier 2018).

³² Source: Eurostat.

investissements indirects entre l'Union et les pays tiers est l'un des objectifs poursuivis par les dispositions du TFUE sur les mouvements de capitaux³⁴.

31. Le traité de Lisbonne a conféré à l'Union européenne une compétence exclusive en matière d'investissements étrangers directs en les faisant relever du domaine de la politique commerciale commune³⁵. L'Union dispose en outre d'une compétence partagée en ce qui concerne les investissements autres que les investissements directs³⁶.
32. La Cour de justice a précisé que la compétence exclusive dont dispose l'Union en vertu de l'article 207 TFUE en matière d'investissements étrangers directs s'étend à toutes les dispositions matérielles qui figurent normalement dans un TBI³⁷. En revanche, elle partage avec les États membres sa compétence à l'égard des dispositions en matière de RDIE³⁸.
33. Les TBI en vigueur conclus par des États membres avec des pays tiers empiètent sur la compétence exclusive de l'Union. Dans la pratique, il serait inconcevable de dénoncer ces accords (1344 en 2017) ou de les remplacer, à court terme, par des accords conclus au niveau de l'Union. À titre transitoire, le règlement (UE) n° 1219/2012³⁹ habilite les États membres, conformément à l'article 2, paragraphe 1, TFUE, à maintenir les TBI déjà conclus avec des pays tiers et, dans certaines conditions, à les modifier ou à en conclure de nouveaux, en attendant la conclusion d'accords auxquels l'Union est partie.
34. L'Union européenne compte parmi les premiers signataires du TCE. À la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, elle a négocié et signé un accord de libre-échange comportant des dispositions relatives à la protection des investissements

³³ Voir article 206 TFUE.

³⁴ Avis 2/15, EU:C:2017:376, points 239 et 240.

³⁵ Voir article 3, paragraphe 1, point e), article 206 et article 207 TFUE.

³⁶ Avis 2/15, EU:C:2017:376, point 243.

³⁷ Avis 2/15, EU:C:2017:376, points 78 à 110.

³⁸ Avis 2/15, EU:C:2017:376, point 293.

³⁹ Règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers (JO L 351 du 20.12.2012, p. 40).

avec le Canada (l'AECG), qui fait l'objet de la présente procédure d'avis. La Commission a conclu les négociations de deux autres accords de libre-échange comportant des dispositions presque identiques (avec Singapour et le Viêt Nam), et des accords semblables sont en cours de négociation avec le Japon, la Malaisie, le Mexique, le Chili, les Philippines et l'Indonésie, de même que des accords autonomes visant la protection des investissements avec la Chine et le Myanmar/la Birmanie. En outre, la Commission a été autorisée par le Conseil en vertu de l'article 218(5) TFEU à négocier des accords comportant des dispositions analogues avec l'Inde, les EE.UU., le Maroc, la Jordanie, l'Egypte, la Tunisie et la Russie.

35. Depuis quelques années, les TBI ont fait l'objet de certaines critiques, aussi bien dans l'Union européenne que dans d'autres régions du monde.
36. Certaines des préoccupations exprimées ont trait au prétendu empiètement, perçu comme excessif, des normes matérielles protectrices contenues dans les TBI (et les accords de libre-échange prévoyant une protection des investissements) sur la «marge d'action» («policy space» en anglais) dont disposent les autorités nationales pour réglementer à des fins légitimes de politique publique. Pour répondre à ces préoccupations, un certain nombre de garanties importantes ont été introduites dans les accords négociés par l'Union européenne après le Traité de Lisbonne (y compris l'AECG). Le «droit de réglementer» à des fins légitimes, en particulier, est expressément affirmé, et il est précisé qu'un simple manque à gagner ne confère pas, en soi, de droit à une indemnisation. Les notions de traitement juste et équitable et d'expropriation indirecte sont clairement et strictement définies. Enfin, des exceptions fondées sur des objectifs légitimes de politique publique sont expressément prévues chaque fois qu'elles sont nécessaires.
37. D'autres préoccupations ont trait aux carences attribuées au système de RDIE classique. Pour remédier à ces carences, l'approche de l'Union depuis 2015 a consisté à prévoir un cadre procédural institutionnalisé pour le règlement des différends liés aux investissements, connu sous le nom de Système du Tribunal des Investissements (STI) (en anglais, «Investment Court System» ou ICS).
38. La principale caractéristique de ce système réside dans la constitution d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel, composés de membres permanents que doivent désigner conjointement la partie UE et l'autre partie à l'accord. Les membres des deux tribunaux doivent justifier de qualifications semblables à celles

des juges d'autres tribunaux internationaux. Les affaires sont attribuées aux divisions des tribunaux sur une base aléatoire. Les membres des tribunaux sont liés par un code de conduite strict. Une rétribution mensuelle leur est versée afin de garantir à la fois le recrutement de candidats hautement qualifiés et leur disponibilité dans de brefs délais. Ils perçoivent également des honoraires pour chaque journée effectivement prestée. Les coûts liés à la rétribution mensuelle et journalière des membres du tribunal d'appel sont supportés à part égale par les parties à l'accord. Les procédures sont soumises au règlement de la CNUDCI sur la transparence⁴⁰, ce qui signifie que les auditions, les documents et les constatations relatives aux différends sont rendus publics. En outre, des tiers intéressés peuvent intervenir dans la procédure sous certaines conditions

2.3. Description des dispositions de l'AECG relatives à la protection des investissements

39. Le chapitre 8 de l'AECG, intitulé «Investissement», comporte six sections:

- la section A établit le champ d'application du chapitre 8 et définit certains termes ;
- la section B traite de l'«établissement d'investissements» ;
- la section C accorde un «traitement non discriminatoire» aux investissements visés, englobant le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée ;
- la section D régit la «protection des investissements» ;
- la section E prévoit des «réserves et exceptions» concernant les obligations énoncées à d'autres sections ;
- la section F établit un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États sous la forme d'un Système du Tribunal des Investissements (le STI).

⁴⁰ Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (date d'entrée en vigueur: 1^{er} avril 2014) (disponible à l'adresse suivante: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html.)

2.3.1. Dispositions matérielles

40. La section F du chapitre 8 s'applique lorsqu'un investisseur d'une partie allègue que l'autre partie a violé une obligation prévue à la section C, en ce qui concerne «l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou disposition de son investissement visé», ou à la section D⁴¹.
41. Les sections C et D prévoient diverses normes protectrices. Ces normes sont analogues à celles qui figurent dans les TBI des États membres. Toutefois, comme expliqué ci-dessus, et conformément à la nouvelle approche mise en place par l'Union européenne, l'AECG introduit d'importantes innovations visant à clarifier et mieux protéger le droit de chaque partie de réglementer à des fins légitimes.

2.3.1.1. Droit de réglementer

42. Le paragraphe 1 de l'article 8.9., qui ouvre la section D, réaffirme expressément le droit de réglementer dont jouit chaque partie à l'accord:

[L]es Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.

43. L'article 8.9, paragraphe 2, de l'AECG apporte ensuite la confirmation suivante:

Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section.

44. L'article 8.9, paragraphe 3, précise qu'il est entendu que la décision de ne pas octroyer, renouveler ou maintenir une subvention ne constitue pas, en soi, une violation des dispositions de la section D. L'article 8.9, paragraphe 4, clarifie en outre que les dispositions de la section D n'empêchent pas une partie de demander le remboursement d'une subvention lorsqu'une telle mesure a été ordonnée par une autorité compétente de cette partie.

⁴¹ Article 8.18 de l'AECG.

2.3.1.2. Normes protectrices fondamentales

45. Les normes protectrices fondamentales prévues dans l'AECG sont les mêmes que celles prévues dans les TBI classiques conclus par les États membres, à savoir le traitement national (article 8.6 de l'AECG), le traitement de la nation la plus favorisée (article 8.7), le traitement juste et équitable (article 8.10, paragraphe 2) et la protection en cas d'expropriation (article 8.12).

46. L'article 8.6, paragraphe 1, de l'AECG définit la norme du traitement national de la manière suivante:

Chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie et à un investissement visé un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations similaires, à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou la disposition de leurs investissements sur son territoire.

47. L'article 8.7, paragraphe 1, définit quant à lui la norme de la nation la plus favorisée comme suit:

Chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie et à un investissement visé un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations similaires, aux investisseurs d'un pays tiers et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou la disposition de leurs investissements sur son territoire.

48. Conformément à l'article 28.3, paragraphe 2, de l'AECG, les normes du traitement national et de la nation la plus favorisée font l'objet d'une clause d'«exceptions générales» expresse, inspirée de l'article XX de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994 et de l'article XIV de l'accord général sur le commerce des services (AGCS), qui autorise les parties à prendre les mesures nécessaires pour réaliser un large éventail d'objectifs légitimes de politique publique.

49. L'article 8.10, paragraphe 2, de l'AECG définit strictement la norme du traitement juste et équitable, en énumérant de façon exhaustive les types de comportements qui constituent une violation de ce principe:

a) un déni de justice dans le cadre de procédures pénales, civiles ou administratives;

b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives;

c) un cas d'arbitraire manifeste;

d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses;

e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement;

f) un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article⁴².

50. L'article 8.12 de l'AECG prévoit ce qui suit en ce qui concerne l'expropriation des investissements:

Une Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen de mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation («expropriation»), si ce n'est:

a) pour une raison d'intérêt public,

b) en conformité avec l'application régulière de la loi,

c) de manière non discriminatoire, et

d) moyennant le paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective.

51. Il convient de lire l'article 8.12 de l'AECG conjointement avec l'annexe 8-A, qui établit les critères précis pour l'interprétation de la notion d'«expropriation indirecte». L'annexe 8-A précise notamment ce qui suit:

Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.

2.3.1.3. Autres normes protectrices

52. Aux quatre normes protectrices fondamentales évoquées ci-dessus, la section D du chapitre 8 de l'AECG ajoute les dispositions suivantes:

⁴² Notes de bas de page omises.

- l'article 8.10, paragraphe 1, fait obligation aux parties d'accorder «une protection et une sécurité intégrales»; l'article 8.10, paragraphe 5, précise que cette exigence «fait référence aux obligations de la Partie en ce qui concerne la sécurité physique des investisseurs et des investissements visés»;
- l'article 8.11 dispose que, dans certaines conditions, les pertes subies en raison d'un conflit armé ou d'autres circonstances exceptionnelles du même ordre doivent faire l'objet d'une indemnisation;
- l'article 8.13 établit le libre transfert de fonds se rapportant à un investissement, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions;
- l'article 8.14 permet, dans certaines conditions, qu'une partie jouisse des mêmes droits qu'un investisseur au titre de la «subrogation».

2.3.1.4. Exceptions horizontales

53. Les dispositions du chapitre 8 sont soumises à différentes exclusions et exceptions horizontales énoncées au chapitre 28 de l'AECG. On citera notamment:

- l'article 28.7, prévoyant une dérogation de large portée en matière de fiscalité;
- l'article 28.4, autorisant l'adoption de mesures de sauvegarde en cas de difficultés causées au fonctionnement de l'union économique et monétaire de l'Union européenne;
- l'article 28.5, autorisant l'adoption de mesures visant à préserver l'équilibre de la balance des paiements;
- l'article 28.6, autorisant les parties à prendre les mesures qu'elles estiment nécessaires à la protection de leurs intérêts en matière de sécurité.

2.3.1.5. Absence d'«effet direct»

54. L'article 30.6, paragraphe 1, de l'AECG exclut expressément l'«effet direct» de l'ensemble de ses dispositions, y compris celles du chapitre 8. Il énonce ce qui suit:

Aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme conférant des droits ou imposant des obligations à des personnes autres que ceux créés entre les Parties en vertu du droit international public, ni comme permettant d'invoquer directement le présent accord dans les systèmes juridiques internes des Parties.

2.3.2. *Le système du tribunal des investissements*

55. La section F du chapitre 8 instaure un mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs d'une partie et l'autre partie.

2.3.2.1. Le tribunal

56. La principale caractéristique de ce mécanisme réside dans la constitution d'un tribunal permanent pour connaître les plaintes déposées par les investisseurs contre la partie défenderesse⁴³. Ce tribunal est composé de quinze membres nommés par le comité mixte de l'AECG⁴⁴ pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois⁴⁵.

57. Les membres du tribunal doivent posséder les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour la nomination à des fonctions judiciaires, ou être des juristes possédant des compétences reconnues⁴⁶, et doivent avoir fait la preuve de leurs connaissances spécialisées en droit international public⁴⁷. Les membres du tribunal doivent être indépendants et se conformer à des règles éthiques strictes afin d'éviter tout conflit d'intérêts⁴⁸. Le tribunal instruit les affaires en divisions généralement composées de trois de ses membres, tous nommés par le président du tribunal d'une manière aléatoire⁴⁹.

2.3.2.2. Le tribunal d'appel

58. Les sentences du tribunal peuvent faire l'objet d'un appel devant un tribunal d'appel permanent⁵⁰. Les appels peuvent être fondés sur des erreurs de droit ou des erreurs manifestes dans l'appréciation des faits⁵¹. Les membres du tribunal d'appel sont

⁴³ Article 8.27 de l'AECG.

⁴⁴ Article 8.27, paragraphe 2, de l'AECG.

⁴⁵ Article 8.27, paragraphe 5, de l'AECG.

⁴⁶ Article 8.27, paragraphe 4, de l'AECG.

⁴⁷ Article 8.27, paragraphe 4, de l'AECG. Ces exigences sont similaires à celles qui s'appliquent aux membres d'autres tribunaux internationaux, tels que la Cour internationale de justice ou la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴⁸ Article 8.30 de l'AECG.

⁴⁹ Article 8.27, paragraphe 6, de l'AECG.

⁵⁰ Article 8.28 de l'AECG.

⁵¹ Article 8.28, paragraphe 2, de l'AECG.

nommés par le comité mixte de l'AECG⁵². Ils doivent posséder les mêmes qualifications que les membres du tribunal et sont soumis aux mêmes exigences éthiques⁵³.

2.3.2.3. Conditions de dépôt des plaintes

59. Avant de déposer une plainte, l'investisseur doit adresser une demande de consultations à l'État défendeur⁵⁴.
60. L'investisseur n'est pas tenu d'épuiser les voies de recours internes avant de saisir le STI. Toutefois, pour pouvoir saisir le STI, l'investisseur doit renoncer à poursuivre des procédures devant les tribunaux nationaux de l'État défendeur qui porteraient sur les mêmes mesures⁵⁵. L'effet de cette règle (dite «no-U-turn» en anglais) est d'encourager l'investisseur à saisir et à épuiser en premier lieu les voies de recours internes avant de recourir au STI puisque l'investisseur sait qu'il perdra la possibilité de recourir aux tribunaux internes une fois le STI saisi. Cette règle diffère de la règle dite du choix irrévocable («fork-in-the road» en anglais) prévue dans de nombreux TBI selon laquelle l'investisseur doit faire un choix définitif préalable entre la poursuite de procédures internes et internationales, ce qui a pour effet de décourager la poursuite de procédures internes préalables.
61. Avant de déposer une plainte contre la partie UE, l'investisseur doit transmettre à l'Union européenne un avis demandant une détermination du défendeur⁵⁶. L'Union européenne doit informer l'investisseur dans les 50 jours quant à la question de savoir si l'Union européenne ou un État membre de celle-ci agira comme défendeur⁵⁷.

2.3.2.4. Droit applicable

62. Le «droit applicable» est constitué des dispositions pertinentes de l'AECG, telles qu'interprétées conformément au droit international. Le droit interne des parties ne

⁵² Article 8.28, paragraphe 3, de l'AECG.

⁵³ Article 8.28, paragraphe 4, de l'AECG.

⁵⁴ Article 8.19 de l'AECG.

⁵⁵ Article 8.22, paragraphe 1, points f) et g), de l'AECG.

⁵⁶ Article 8.21, paragraphe 1, de l'AECG.

⁵⁷ Article 8.21, paragraphe 5, de l'AECG.

fait pas partie du droit applicable. L'article 8.31, paragraphes 1 et 2, de l'AECG précise notamment ce qui suit:

1. Lorsqu'il rend sa décision, le Tribunal institué en vertu de la présente section applique le présent accord tel qu'il est interprété en conformité avec la Convention de Vienne sur le droit des traités, et les autres règles et principes de droit international applicables entre les Parties.

2. Le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie. Il est entendu qu'en statuant sur la conformité d'une mesure au présent accord, le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait. Dans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie, et le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie.

63. En ce qui concerne les règles de procédure applicables, l'article 8.23 prévoit qu'une plainte peut être déposée conformément à la convention du CIRDI, au règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou à toutes autres règles dont les parties au différend conviennent. Le règlement de la CNUDCI sur la transparence, tel que modifié par l'AECG, s'applique à toutes les procédures qui relèvent de la section F⁵⁸.

2.3.2.5. Les sentences du tribunal

64. Le tribunal peut conclure, sur la base des objections préliminaires présentées par le défendeur, que des plaintes sont «manifestement dénuées de fondement juridique»⁵⁹ ou «non fondées en droit»⁶⁰. Il peut aussi ordonner des mesures de protection provisoires⁶¹.
65. S'il rend une sentence définitive défavorable au défendeur, le tribunal peut seulement accorder des dommages pécuniaires ou la restitution de biens. Néanmoins, dans ce dernier cas, le défendeur peut toujours choisir de verser des dommages pécuniaires. Plus précisément, l'article 8.39, paragraphe 1, de l'AECG prévoit:

⁵⁸ Article 8.36, paragraphe 1, de l'AECG.

⁵⁹ Article 8.32 de l'AECG.

⁶⁰ Article 8.33 de l'AECG.

⁶¹ Article 8.34 de l'AECG.

S'il rend une sentence définitive défavorable au défendeur, le Tribunal peut accorder uniquement, de façon séparée ou combinée:

a) le versement de dommages pécuniaires et tout intérêt applicable;

b) la restitution de biens, auquel cas la sentence prévoit que le défendeur peut verser, au lieu de la restitution, des dommages pécuniaires représentant la juste valeur marchande du bien au moment immédiatement avant l'expropriation, ou avant que l'expropriation imminente ne soit connue, selon ce qui survient en premier, et tout intérêt applicable, calculés en conformité avec l'article 8.12.

66. L'article 8.39 de l'AECG dispose en outre ce qui suit:

3. Les dommages pécuniaires ne sont pas supérieurs à la perte subie par l'investisseur ou, le cas échéant, par l'entreprise établie localement, déduction faite de tous dommages ou indemnités versés antérieurement. Aux fins du calcul des dommages pécuniaires, le Tribunal réduit également les dommages-intérêts afin de tenir compte de toute restitution de biens ou de l'abrogation ou de la modification de la mesure.

4. Le Tribunal n'accorde pas de dommages-intérêts punitifs.

67. Une sentence rendue par le tribunal est «obligatoire pour les parties au différend et en ce qui concerne l'affaire jugée»⁶². Les parties doivent reconnaître la sentence et s'y conformer sans délai⁶³. L'exécution de la sentence est régie par la législation relative à l'exécution des jugements ou des sentences qui est en vigueur là où l'exécution est demandée⁶⁴.

2.3.2.6. Relation avec le mécanisme de règlement des différends entre États

68. Le mécanisme prévu au chapitre 8, section D, est sans préjudice du mécanisme de règlement des différends entre États prévu au chapitre 29 de l'AECG⁶⁵. Toutefois, une Partie ne peut pas introduire un recours au titre du mécanisme de règlement des différends entre États se rapportant à une plainte déposée précédemment par un investisseur conformément au chapitre 8, section F, à moins que l'autre Partie ne se soit pas conformée à la sentence rendue dans ce différend⁶⁶.

⁶² Article 8.41, paragraphe 1, de l'AECG.

⁶³ Article 8.41, paragraphe 2, de l'AECG.

⁶⁴ Article 8.41, paragraphe 4, de l'AECG.

⁶⁵ Article 29.2 de l'AECG.

⁶⁶ Article 8.42, paragraphe 1, de l'AECG.

3. ANALYSE JURIDIQUE

3.1. Recevabilité

69. L'article 218, paragraphe 11, TFUE dispose que:

Un État membre [...] peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités.

70. L'article 196, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour se lit comme suit:

Une demande d'avis peut porter tant sur la compatibilité de l'accord envisagé avec les dispositions des traités que sur la compétence de l'Union ou de l'une de ses institutions pour conclure cet accord.

71. L'AECG est un accord «mixte» et sera conclu par l'Union ensemble avec les États membres. De plus, le chapitre 8 de l'AECG relève de la compétence (exclusive⁶⁷ ou partagée⁶⁸, selon les domaines) de l'Union.

72. L'AECG a été signé le 30 octobre 2016 par l'Union et les États membres. Le Parlement Européen a donné son approbation conformément à l'article 218, paragraphe 6, lettre a), TFEU le 15 février 2017.

73. Toutefois, le Conseil n'a pas encore décidé de la conclusion de l'accord par l'Union. L'accord reste donc «envisagé» au sens de l'article 218, paragraphe 11, TFUE.⁶⁹

74. La question soulevée par le Royaume de Belgique porte sur le point de savoir si le chapitre 8 de l'AECG est compatible avec les traités, comme prévu à l'article 218, paragraphe 11, TFEU.

75. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Commission estime que la présente demande d'avis présentée en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE est recevable.

⁶⁷ Voir article 3, paragraphe 1, point e), article 206 et article 207 TFUE. Voir aussi Avis 2/15, EU:C:2017:376, points 78 à 110.

⁶⁸ Voir Avis 2/15, EU:C:2017:376, points 243 et 293.

⁶⁹ Avis 1/94, EU:C:1994:384, point 12.

3.2. Compatibilité avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union

76. Dans sa demande d'avis, la Belgique s'interroge sur la compatibilité du STI avec la compétence exclusive de la Cour de justice dans l'interprétation définitive du droit de l'Union.⁷⁰
77. La Commission estime que cette question devrait être examinée dans le cadre d'une question plus large, à savoir la compatibilité du STI avec le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.
78. Ci-dessous, la Commission rappellera d'abord les exigences qui résultent du principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union selon la jurisprudence de la Cour de justice. Ensuite, la Commission expliquera pourquoi elle estime que le STI n'est pas incompatible avec ces exigences. En particulier, la Commission exposera pourquoi une "procédure d'implication préalable" n'est pas nécessaire pour assurer la compatibilité de l'AECG avec le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.
79. Lors de la négociation de l'AECG la Commission a tenu compte des exigences imposées par le principe d'autonomie du droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour de justice. À cet effet, la Commission a négocié avec succès diverses dispositions (jusqu'ici inhabituelles dans le cadre des TBI) visant spécifiquement à préserver l'autonomie du droit de l'Union. En particulier, la Commission a veillé à négocier des dispositions clarifiant de manière précise la portée de la loi applicable dans le cadre du STI et la relation entre l'AECG, tel qu'appliqué par les décisions du tribunal, et le droit interne de chaque partie, ainsi que des dispositions permettant à l'Union de déterminer par elle-même le défendeur dans chaque différend contre la partie UE en conformité avec ses propres règles internes.

3.2.1. Exigences résultant du principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union selon la jurisprudence de la Cour

80. La Cour de justice a constamment affirmé qu'un accord international prévoyant la création d'une juridiction internationale chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions de l'Union, y compris la Cour

⁷⁰ Demande de la Belgique, point 22.

de justice, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union⁷¹. Elle a, au contraire, souligné ce qui suit:

[L]a compétence de l'Union en matière de relations internationales et sa capacité à conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions⁷².

81. Toutefois, la Cour de justice a également précisé que:

[U]n accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union⁷³.

82. En particulier, la Cour de justice a déclaré que, pour que l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union soit préservée, l'accord international

ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union⁷⁴.

83. La Cour de justice a précisé davantage les exigences résultant du principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans plusieurs avis rendus conformément à l'article 218, paragraphe 11, TFUE, qui concernent la compatibilité avec les traités d'accords internationaux envisagés prévoyant la mise en place d'une juridiction internationale ou d'autres mécanismes de règlement des différends internationaux.

84. Parmi ces avis, on citera notamment les avis 1/91⁷⁵ et 1/92⁷⁶, sur le projet d'accord portant sur la création d'un Espace économique européen (EEE), l'avis 1/00, sur le

⁷¹ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 182. Voir aussi avis 1/91, EU:C:1991:490, points 40 et 70, avis 1/09, EU:C:2011:123, point 74, et avis 2/15, EU:C:2017:376, point 276.

⁷² Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 182. Voir aussi avis 1/91, EU:C:1991:490, points 40 et 70, et avis 1/09, EU:C:2011:123, point 74. Dans l'avis 2/15, la Cour a précisé que, de la même manière, la compétence de l'Union pour conclure des accords internationaux comporte nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions «d'un organe qui, tout en n'étant pas formellement une juridiction, remplit en substance des fonctions juridictionnelles» (avis 2/15, EU:C:2017:376, point 299).

⁷³ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 183. Voir aussi avis 1/00, EU:C:2002:231, points 21, 23 et 26, et avis 1/09, EU:C:2011:123, point 76.

⁷⁴ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 184. Voir aussi avis 1/91, EU:C:1991:490, points 30 à 35, et avis 1/00, EU:C:2002:231, point 13.

⁷⁵ EU:C:1991:490.

projet d'accord portant sur la création d'un espace aérien commun européen (EAEC)⁷⁷, l'avis 1/09, sur le projet d'accord portant sur la création d'un tribunal du brevet européen et du brevet communautaire (TBC)⁷⁸, et l'avis 2/13⁷⁹, sur le projet d'accord portant sur l'adhésion de l'Union européenne à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

85. La Commission considère qu'il peut être déduit des avis susmentionnés que la possibilité, pour l'Union, d'adhérer à un accord international prévoyant la création d'une juridiction internationale est soumise aux limitations détaillées ci-après.
86. Premièrement, lorsque l'accord envisagé est un accord «mixte», auquel tant l'Union que les États membres sont appelés à devenir parties, il ne peut investir la juridiction internationale d'une compétence pour déterminer à qui (de l'Union et/ou d'un État membre) imputer une violation de ses dispositions, car cela supposerait une appréciation, par la juridiction internationale, des règles du droit de l'Union qui régissent la répartition des compétences entre cette dernière et ses États membres⁸⁰.
87. Deuxièmement, l'accord ne peut habiliter la juridiction internationale à se prononcer sur la validité des actes des institutions de l'Union⁸¹.
88. Troisièmement, l'accord ne peut accorder à la juridiction internationale une compétence exclusive «pour connaître un important nombre d'actions»⁸² intentées par des particuliers dans un domaine juridique donné et appliquer le droit interne de l'Union dans ce domaine, ce qui priverait les juridictions des États membres de leurs compétences concernant l'interprétation et l'application du droit interne de l'Union, ainsi que la Cour de la sienne pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées

⁷⁶ EU:C:1992:189.

⁷⁷ EU:C:2002:231.

⁷⁸ EU:C:2011:123.

⁷⁹ EU:C:2014:2454.

⁸⁰ Avis 1/91, EU:C:1991:490, points 31 à 35, avis 1/00, EU:C:2002:231, points 15 et 16, et avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 215 à 235.

⁸¹ Avis 1/00, EU:C:2002:231, point 24, et avis 1/09, EU:C:2011:123, point 78.

⁸² Avis 1/09, EU:C:2011:123, point 89.

par lesdites juridictions concernant l'interprétation ou la validité de dispositions juridiques internes de l'Union⁸³.

89. Quatrièmement, lorsque l'accord vise à étendre une partie essentielle de l'acquis de l'Union à des pays tiers en reprenant des dispositions du droit interne de l'Union, tout en garantissant l'interprétation homogène des deux ensembles de dispositions, des garanties appropriées doivent être mises en place afin d'assurer que les mécanismes de règlement des différends établis aux fins de l'interprétation et de l'application des dispositions de l'accord n'ont pas pour effet de conditionner l'interprétation, par les propres juridictions de l'Union, de dispositions du droit de l'Union dont le libellé est identique⁸⁴.
90. La Commission estime par ailleurs qu'il peut être déduit de cette même jurisprudence de la Cour de justice que les caractéristiques d'une juridiction internationale décrites ci-après ne sont pas intrinsèquement contraires au principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.
91. Premièrement, le fait qu'une juridiction internationale puisse être amenée à établir, en tant que question de fait, le sens d'une disposition juridique interne de l'Union uniquement en vue de se prononcer sur sa compatibilité avec l'accord international n'est pas incompatible avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, pourvu que cette interprétation préalable n'ait pas «pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une [telle] interprétation»⁸⁵. En effet, dans le cas contraire, le principe rappelé plus haut selon lequel l'Union a la capacité de conclure des accords internationaux comportant la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords⁸⁶ serait vidé de tout contenu, puisqu'une telle juridiction internationale doit toujours, en tant que question de fait, constater le sens des dispositions du droit de l'Union en vue d'examiner sa compatibilité avec l'accord international.

⁸³ Avis 1/09, EU:C:2011:123, points 78 et 89.

⁸⁴ Avis 1/91, EU:C:1991:490, avis 1/92, EU:C:1992:189, et avis 1/00, EU:C:2002:231.

⁸⁵ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 184. Voir aussi avis 1/91, EU:C:1991:490, points 30 à 35, et avis 1/00, EU:C:2002:231, point 13.

⁸⁶ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 182. Voir aussi avis 1/91, EU:C:1991:490, points 40 et 70, et avis 1/09, EU:C:2011:123, point 74.

92. Deuxièmement, le simple fait qu'une juridiction internationale soit créée pour statuer sur les différends survenus entre un particulier et une partie à un accord international, plutôt que sur les différends entre deux parties à l'accord, ne rend pas cet accord intrinsèquement incompatible avec le droit de l'Union. Ainsi, bien qu'elle ait conclu, dans l'avis 2/13, que l'accord d'adhésion à la CEDH envisagé était incompatible avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice n'a pas fondé cette conclusion sur le simple fait que la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «Cour EDH») instruit les différends entre un particulier et une partie à l'accord, mais s'est plutôt appuyée sur certaines dispositions du projet d'accord d'adhésion. De même, bien qu'elle ait considéré, dans l'avis 1/09, que l'accord envisagé n'était pas compatible avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice ne s'est pas fondée sur le seul fait que la juridiction envisagée instruirait des différends entre particuliers. Au contraire, dans ces deux avis, la Cour a réaffirmé à titre liminaire qu'un accord international qui investit une juridiction internationale d'une compétence pour interpréter et appliquer les dispositions dudit accord n'est pas incompatible, en principe, avec le droit de l'Union⁸⁷.
93. Troisièmement, le seul fait qu'un accord international ne prévoit pas de «procédure de l'implication préalable» permettant à la Cour de justice de statuer en premier lieu sur l'interprétation d'une disposition du droit interne de l'Union, lorsque la juridiction internationale doit se prononcer sur la compatibilité de ladite disposition avec l'accord international, n'est pas incompatible intrinsèquement avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Dans l'avis 2/13, la Cour de justice a conclu que le projet d'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH était incompatible avec le droit de l'Union, notamment au motif que la «procédure de l'implication préalable» prévue dans ledit protocole ne s'appliquait pas à l'interprétation du droit dérivé de l'Union⁸⁸. Toutefois, pour les raisons exposées ci-dessous à la section 3.2.4, la Commission estime qu'une telle garantie n'a été jugée nécessaire par la Cour de justice qu'en raison des spécificités de la CEDH et ne constitue pas une exigence généralement applicable devant obligatoirement figurer dans tout accord

⁸⁷ Voir avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 182, et avis 1/09, EU:C:2011:123, point 76.

⁸⁸ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 236 à 248.

international prévoyant la création d'une juridiction internationale à laquelle l'Union européenne envisage d'adhérer.

3.2.2. *Principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union*

94. Le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union doit être interprété et appliqué en tenant compte des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union, tels qu'ils sont énoncés dans les traités.
95. À cet égard, il convient de rappeler que l'article 3, paragraphe 5, TUE dispose que «[d]ans ses relations avec le reste du monde, l'Union [...] contribue», entre autres, «à la protection de ses citoyens» et «au développement du droit international».
96. L'article 21, paragraphe 1, TUE dispose en outre que «l'action de l'Union sur la scène internationale» repose notamment sur les principes de «l'État de droit» et le «respect [...] du droit international». L'article 21, paragraphe 2, TUE précise que l'action extérieure de l'Union a pour objectifs, entre autres:

[...]

b) de consolider et de soutenir [...] l'État de droit [...] et les principes du droit international;

[...]

e) d'encourager l'intégration de tous les pays dans l'économie mondiale, y compris par la suppression progressive des obstacles au commerce international;

[...]

h) de promouvoir un système international fondé sur une coopération multilatérale renforcée et une bonne gouvernance mondiale.

97. Enfin, comme cela a déjà été indiqué plus haut, la libéralisation des investissements étrangers directs figure parmi les objectifs de la politique commerciale commune de l'Union⁸⁹, tandis que la libéralisation des investissements indirects entre l'Union et les pays tiers est l'un des objectifs poursuivis par les règles du TFUE sur les mouvements de capitaux⁹⁰.

⁸⁹ Voir article 206 TFUE.

⁹⁰ Avis 2/15, EU:C:2017:376, points 239 et 240.

3.2.3. *Le STI de l'AECG est compatible avec le principe de l'autonomie*

98. Eu égard à la jurisprudence de la Cour de justice résumée à la section 3.2.1, ainsi qu'aux principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union décrites à la section 3.2.2, la Commission considère que le STI prévu dans l'AECG est compatible avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, pour les raisons exposées ci-après.

3.2.3.1. Dans chaque différend, le défendeur sera déterminé par les institutions de l'Union, en conformité avec les propres règles internes de celle-ci

99. L'AECG prévoit qu'il revient à l'Union européenne, conformément à ses propres règles internes et sous le contrôle de la Cour de justice, de déterminer dans chaque différend, à la demande de l'investisseur, si l'Union ou un État membre agira comme défendeur⁹¹. Le tribunal des investissements est lié par cette détermination⁹².

100. Les règles internes en la matière figurent dans le règlement (UE) n° 912/2014⁹³. Elles prévoient en substance que l'Union agit en qualité de défendeur lorsque le différend porte exclusivement sur un traitement accordé par l'Union⁹⁴; en principe, l'État membre concerné agit comme défendeur lorsque le différend porte, en totalité ou en partie, sur un traitement accordé par celui-ci⁹⁵. Toutefois, la Commission peut décider, dans certains cas, qu'il revient à l'Union d'assurer la défense, même si le litige porte, en totalité ou en partie, sur un traitement accordé par un État membre⁹⁶. En outre, l'Union assurera la défense dans les différends portant exclusivement sur un traitement accordé par un État membre, si ce dernier notifie à la Commission son intention de ne pas agir comme défendeur⁹⁷.

⁹¹ Article 8.21, paragraphe 3, de l'AECG.

⁹² Article 8.21, paragraphe 4, de l'AECG.

⁹³ Règlement (UE) n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie (JO L 257 du 25.8.2014, p. 121).

⁹⁴ Article 4, paragraphe 1, du règlement n° 912/2014.

⁹⁵ Article 9, paragraphe 1, du règlement n° 912/2014.

⁹⁶ Article 9, paragraphe 1, point a), et paragraphes 2 et 3, du règlement n° 912/2014.

⁹⁷ Article 9, paragraphe 1, point b), du règlement n° 912/2014.

101. Ainsi, conformément aux règles susmentionnées, la détermination du défendeur dans chaque cas ne dépend pas de la répartition des compétences (qui exigerait que l'Union agisse comme défendeur dans toutes les affaires concernant des investissements étrangers directs) mais plutôt, en règle générale, de l'auteur de la mesure contestée. En autorisant un État membre à agir en qualité de défendeur dans le cas d'une atteinte à une obligation relevant de la compétence exclusive de l'Union à l'égard des investissements étrangers directs, les règles susmentionnées «habilitent» cet État membre à exercer cette compétence exclusive au sens de l'article 2, paragraphe 1, TFUE. Ce système garantit que la détermination du défendeur n'est pas liée à la compétence, et évite que cette dernière question puisse être invoquée devant le tribunal.

102. Lors des négociations, le Canada a exprimé sa crainte que les mécanismes de détermination du défendeur décrits plus haut ne permettent à la partie UE, si elle le souhaite, de bloquer la procédure simplement en omettant de déterminer le défendeur approprié et d'informer le demandeur de cette détermination. Pour répondre à cette préoccupation légitime, l'article 8.21, paragraphe 4, de l'AECG prévoit la règle par défaut suivante:

Si l'investisseur n'est pas informé de la détermination dans les 50 jours qui suivent la transmission de son avis demandant une telle détermination:

a) dans les cas où les mesures spécifiées dans l'avis sont exclusivement des mesures d'un État membre de l'Union européenne, l'État membre agit comme défendeur;

b) dans les cas où les mesures spécifiées dans l'avis comprennent des mesures de l'Union européenne, l'Union européenne agit comme défendeur.

103. Il importe toutefois de souligner que l'Union européenne peut parfaitement empêcher l'application de ladite règle par défaut en informant le demandeur de la détermination du défendeur dans le délai prévu de 50 jours.

104. Dans la pratique, le respect des dispositions du règlement n° 912/2014 par les institutions de l'Union et les États membres rendra inapplicable cette règle par défaut. En effet, le délai de 50 jours visé à l'article 8.21, paragraphe 4, de l'AECG tient compte des délais fixés dans le règlement n° 912/2014. Conformément à l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 912/2014, la décision de la Commission d'assurer la défense dans des affaires portant, en tout ou en partie, sur un traitement

accordé par un État membre doit être prise dans un délai de 45 jours à compter de la notification de l'intention d'ouvrir une procédure d'arbitrage. De même, l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 912/2014 dispose que si un État membre a l'intention de ne pas agir en qualité de défendeur, il doit le notifier à la Commission dans les 45 jours à compter de la notification de l'intention d'ouvrir la procédure. Dans un cas comme dans l'autre, l'Union sera donc tenue de notifier la décision prise à la partie adverse dans le délai prévu de 50 jours. En outre, aux termes de l'article 9, paragraphe 5, du règlement n° 912/2014, «[l]a Commission et l'État membre concerné veillent à ce que les délais fixés dans l'accord soient respectés».

105. Qui plus est, et en tout état de cause, la règle par défaut énoncée à l'article 8.21, paragraphe 4, de l'AECG n'est pas fondée sur les règles internes de l'Union en matière de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Elle se fonde au contraire sur un fait aisément constatable, à savoir l'auteur formel (Union ou État membre) de la mesure en cause, indépendamment de ce que la disposition prétendument violée relève ou non de la compétence extérieure de l'Union. Ainsi, l'application de cette règle par défaut ne nécessiterait nullement un examen des règles de l'Union sur la répartition des compétences ou sur le partage des responsabilités entre l'Union et ses États membres, mais uniquement une simple constatation de fait.

3.2.3.2. Le tribunal des investissements ne peut statuer sur la validité du droit interne des parties

106. L'AECG ne confère pas de compétence au tribunal des investissements pour statuer sur la validité d'un acte des institutions de l'Union. Au contraire, l'article 8.31, paragraphe 2, de l'AECG confirme sans la moindre ambiguïté ce qui suit:

Le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie.

3.2.3.3. Le tribunal des investissements n'est pas compétent pour appliquer le droit interne de l'Union, mais seulement pour l'interpréter en tant que «question de fait»

107. L'AECG ne confère pas au tribunal des investissements une compétence pour appliquer les dispositions du droit interne de l'Union, et encore moins une

compétence exclusive à cet égard⁹⁸. Ce tribunal est exclusivement chargé d'interpréter et d'appliquer les dispositions de l'accord lui-même⁹⁹.

108. En effet, l'article 8.31, paragraphe 1 de l'AECG désigne en tant que droit applicable «le présent accord» ainsi que «les autres règles et principes de droit international applicable entre les Parties». La limitation aux règles et principes de droit international «applicable entre les Parties» exclut que le droit de l'Union puisse être considéré comme faisant partie du droit applicable au sens de l'article 8.31, paragraphe 1, de l'AECG.

109. Le droit interne des parties ne faisant pas partie du «droit applicable» tel que défini à l'article 8.31, paragraphe 1, de l'AECG, le tribunal des investissements ne peut en tenir compte, s'il y a lieu, qu'en tant que «question de fait». L'article 8.31, paragraphe 2, de l'AECG confirme que le sens donné au droit interne par le tribunal qui l'examine en tant que question de fait «ne lie pas les juridictions et les autorités [du défendeur]».

110. L'article 8.10, paragraphe 7, de l'AECG confirme en outre qu'«il est entendu» que le fait qu'une mesure viole le droit interne n'établit pas en soi qu'il y a eu violation du traitement juste et équitable et des normes de sécurité intégrales visées à l'article 8.10, de cet accord.

111. En prévoyant que le droit interne des parties ne peut être pris en considération par le tribunal des investissements qu'en tant que question de fait, l'article 8.31, paragraphe 2, de l'AECG réaffirme explicitement un principe bien établi du droit international général, selon lequel les juridictions internationales tiennent compte des lois nationales comme de simples faits, à moins que la loi nationale n'ait été désignée, d'un commun accord entre les parties ou par une autre règle de droit international applicable, comme le droit applicable¹⁰⁰.

⁹⁸ Contrairement au tribunal du brevet européen et du brevet communautaire en cause dans l'avis 1/09. Voir avis 1/09, EU:C:2011:123, points 72, 78, 79 et 89.

⁹⁹ Article 8.31, paragraphe 1, de l'AECG.

¹⁰⁰ Ainsi, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente de justice internationale a fait observer ce qui suit:

On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas; au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits.

112. Contrairement à l'AECG, certains TBI des États membres antérieurs au règlement (CE) n° 1219/2012 prévoyaient expressément que le droit national de l'État membre faisait partie du droit applicable, au même titre que le droit international. Dans d'autres cas, l'applicabilité du droit national de l'État membre peut résulter de l'article 42, paragraphe 1, de la convention du CIRDI, en vertu duquel, faute d'accord entre les parties sur le droit applicable, le tribunal arbitral applique le droit du pays d'accueil ainsi que le droit international¹⁰¹. En désignant expressément le droit international comme droit applicable et en excluant le droit interne des parties, l'AECG exclut de même la règle par défaut prévue à l'article 42, paragraphe 1, de la convention du CIRDI.

3.2.3.4. L'AECG ne reprend pas l'acquis de l'Union, pas plus qu'il n'impose l'interprétation uniforme de ses dispositions et du droit interne des parties

113. La section F du chapitre 8 de l'AECG s'applique lorsqu'un investisseur d'une partie allègue que l'autre partie a violé une norme de protection prévue à la section C, en ce qui concerne «l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou disposition de son investissement visé», ou à la section D¹⁰².

114. À la différence des projets d'accords portant sur la création de l'EEE¹⁰³ ou de l'EAEC¹⁰⁴, ni les sections C ou D du chapitre 8 de l'AECG, ni aucune autre

manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne.

CPJI, série A, n° 7, p. 19 (soulignement ajouté). Ce principe est aussi bien établi dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. Voir *Affaire du différend frontalier (Benin/Niger)*, arrêt du 12 juillet 2005, Recueil des arrêts, para.28.

¹⁰¹ L'article 42, paragraphe 1, de la convention du CIRDI dispose que:

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

¹⁰² Article 8.18 de l'AECG.

¹⁰³ Voir avis 1/91, EU:C:1991:490, points 4 et 5, ainsi que 41 et 42.

¹⁰⁴ Voir avis 1/00, EU:C:2002:231, point 3.

disposition de l'AECG, n'ont pour finalité d'étendre l'acquis de l'Union au Canada en reprenant des dispositions du droit interne de l'Union.

115. L'AECG ne comporte pas non plus la moindre obligation de garantir une interprétation uniforme des normes de protection qu'il contient et de celles qui sont prescrites par le droit interne des parties¹⁰⁵.

116. Pour les raisons exposées ci-dessus, il n'y a pas de risque que l'interprétation de l'AECG par le tribunal des investissements ait des répercussions sur l'interprétation du droit interne de l'Union que la Cour a considérées comme incompatibles avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans son avis 1/91¹⁰⁶.

3.2.3.5. L'AECG n'a pas d'effet direct

117. L'AECG exclut expressément l'«effet direct» de toutes ses dispositions, y compris tant les règles matérielles relatives à la protection des investissements susceptibles d'être invoquées au titre du STI que les règles relatives au STI elles-mêmes¹⁰⁷.

118. En conséquence, les investisseurs ne peuvent pas se prévaloir des dispositions de l'AECG devant la Cour de justice ou les juridictions des États membres afin de demander l'annulation, de contester la validité ou d'exclure l'application de toute disposition contraire du droit interne de l'Union ou de demander l'octroi de dommages à l'encontre de l'Union.¹⁰⁸ Tel est le cas même dans l'hypothèse où le tribunal des investissements aurait précédemment conclu que la disposition en cause constitue une violation de l'AECG.

119. La Cour de justice a confirmé à plusieurs reprises que les parties à un accord international sont libres d'exclure l'effet direct de ses dispositions:

¹⁰⁵ Contrairement à ce que prévoyait le projet d'accord portant création de l'EEE, en cause dans l'avis 1/91. Voir avis 1/91, EU:C:1991:490, points 8, 9 et 43. Voir aussi, pour l'EAC, avis 1/00, EU:C:2002:231, points 4, 5 et 10.

¹⁰⁶ Voir avis 1/91, EU:C:1991:490, point 46.

¹⁰⁷ Article 30.6, paragraphe 1, de l'AECG.

¹⁰⁸ Voir, concernant l'OMC, l'arrêt du 14 décembre 2005, FIAMM/Conseil et Commission, T-69/00, EU:T:2005:449, point 113, où le Tribunal a refusé la possibilité d'octroyer des dommages lorsque les dispositions n'ont pas d'effet direct; confirmé en pourvoi, arrêt de la Cour du 9 septembre 2008, C-120/06 P et C-121/06 P, EU:C:2008:476. Voir aussi l'arrêt du Tribunal du 20 mars 2001, Cordis/Commission, T-18/99, Rec. p. II-913, point 51: "les règles de l'OMC n'ayant pas, en principe, pour objet de conférer des droits aux particuliers, leur violation éventuelle n'est pas susceptible d'engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté".

*[...] conformément aux principes du droit international, les institutions communautaires, qui sont compétentes pour négocier et conclure un accord avec des pays tiers, sont libres de convenir avec ceux-ci des effets que les dispositions de l'accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes. [...]*¹⁰⁹

120. En pratique, tous les accords de libre-échange récemment conclus par l'Union européenne excluent expressément leur effet direct. La raison principale pour exclure l'effet direct de ces accords est d'assurer une réciprocité effective entre les parties, de manière cohérente avec les objectifs de la politique commerciale commune définis à l'article 206 TFUE. En effet, très souvent, le droit constitutionnel des partenaires à ces accords ne prévoit pas la possibilité que les accords internationaux puissent avoir un effet direct dans des conditions analogues à celles en vigueur dans le droit de l'Union.
121. Étant donné que l'AECG exclut l'effet direct de ses dispositions, le STI ne limite aucunement la juridiction des tribunaux de l'Union à l'égard de l'AECG, y compris les dispositions de fond sur la protection des investissements du chapitre 8. Si les tribunaux de l'Union ne peuvent pas annuler ou exclure l'application d'une disposition interne, ou octroyer des dommages, à cause d'une violation de l'AECG, c'est parce que l'AECG n'a pas d'effet direct et non pas en raison du STI. Le STI ne "remplace" nullement le juge interne (national ou de l'Union), qui ne pourrait en aucun cas octroyer des dommages pour violation des dispositions de l'AECG.

3.2.3.6. L'AECG ne limite pas les compétences des juridictions nationales des États membres en ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit interne de l'Union, pas plus que la compétence de la Cour de justice pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées par ces juridictions nationales en vertu de l'article 267 TFUE

122. Alors que l'AECG exclut l'effet direct de ses dispositions, il ne limite en aucune façon les compétences des juridictions des États membres en matière d'interprétation et d'application du droit interne de l'Union (y compris des normes internes qui assurent la conformité avec les obligations internationales imposées par l'AECG). Par conséquent, l'AECG ne limite pas non plus la compétence de la Cour de justice pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées par lesdites juridictions sur l'interprétation ou la validité du droit interne de l'Union en vertu de l'article 267 TFUE

¹⁰⁹ Arrêt du 23 novembre 1999, *Portugal/Conseil*, C-149/6, EU:C:1999:574, point 34. Voir aussi l'arrêt du 26 octobre 1982, *Kupferberg*, 104/81, EU:C:1982:362, point 17.

123. L'AECG se distingue ainsi clairement de l'accord envisagé en vue de créer un tribunal du brevet européen et du brevet communautaire, en cause dans l'avis 1/09, lequel aurait conféré à cette juridiction une compétence exclusive de connaître d'un nombre important d'actions fondées sur le droit interne de l'Union¹¹⁰.
124. Comme il a été rappelé plus haut, le tribunal des investissements prévu par l'AECG n'a pas vocation à appliquer le droit interne de l'Union, mais uniquement les dispositions de l'accord¹¹¹. L'AECG crée des protections supplémentaires en droit international et prévoit un mécanisme spécifique permettant aux investisseurs de l'autre Partie de faire valoir ces protections. Cela étant, il ne restreint toutefois pas les droits matériels dont jouissent les investisseurs étrangers en vertu du droit interne de l'Union. Il n'a pas non plus pour effet de limiter de quelque manière que ce soit la compétence de la Cour de justice ou des juridictions des États membres de connaître des actions intentées sur le fondement de tels droits conférés par le droit interne de l'Union.
125. En particulier, en cas de violation du droit interne de l'Union, les investisseurs canadiens conservent le droit d'attirer l'Union européenne ou un État membre devant, respectivement, la Cour de justice ou les juridictions des États membres pour réclamer des dommages-intérêts, dans le respect des exigences applicables du droit interne de l'Union.
126. Ainsi qu'il a été expliqué plus haut, l'AECG comporte une règle de procédure en vertu de laquelle l'investisseur canadien doit se retirer de toute procédure en cours et renoncer à son droit d'introduire toute plainte ou procédure devant une juridiction nationale ou internationale avant d'introduire une demande d'indemnisation concernant la même mesure au titre du STI¹¹². Cette règle (dite «no-U-turn» en anglais) vise à encourager l'épuisement préalable des voies de recours internes et à éviter que des recours soient formés en parallèle et simultanément concernant le même traitement, car de telles actions feraient naître un risque de surcompensation et seraient manifestement vexatoires pour l'État défendeur. La plupart des TBI contiennent des règles afin d'éviter des actions parallèles. Toutefois, comme

¹¹⁰ Voir avis 1/09, EU:C:2011:123, points 72, 78, 79 et 89.

¹¹¹ Article 8.31, paragraphe 1, de l'AECG.

¹¹² Article 8.22, paragraphe 1, points f) et g), et article 8.22, paragraphe 5, de l'AECG.

expliqué plus haut, la règle «no-U-turn» diffère de la clause «fork-in-the road» prévue dans de nombreux TBI, selon laquelle l'investisseur doit faire un choix définitif préalable entre la poursuite de procédures internes et internationales. A la différence de la clause «fork in the road», la règle «no-U-turn» vise à encourager l'investisseur à épuiser d'abord les voies de recours locales, sans toutefois le rendre obligatoire. En effet, l'investisseur a toujours le choix de saisir ou non une juridiction locale dans un premier temps et, dans un tel cas, d'épuiser de telles voies de recours locales avant d'introduire une procédure au titre du STI.

127. Dans de nombreux cas, les investisseurs étrangers jugeront dans leur intérêt d'exercer les voies de recours internes en premier lieu. Par exemple, parce que le droit interne accorde des mesures correctrices plus diverses et plus efficaces, telles que l'annulation ou le retrait de la mesure en plus de l'indemnisation du préjudice subi; ou parce que le droit interne prévoit des procédures plus rapides et moins dispendieuses. Les investisseurs étrangers sont davantage susceptibles de se tourner d'abord vers la justice nationale lorsque, comme dans l'Union, le droit matériel interne assure une protection adéquate des investisseurs étrangers et que les juridictions internes offrent des garanties adéquates d'indépendance, d'impartialité et de professionnalisme. Pour ces raisons, il est raisonnable de s'attendre à ce que, en pratique, la plupart des recours continuent d'être intentés tout d'abord en vertu du droit interne de l'Union ou des États membres devant les juridictions de l'Union ou des États membres, et que le nombre d'affaires dont le STI sera saisi demeurera limité.¹¹³

128. Il convient de faire observer que la question des recours parallèles se pose également dans le cas du règlement des différends entre États, y compris au titre de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'«accord sur l'OMC») ou au titre des accords de libre-échange auxquels l'Union a adhéré. Les litiges engagés devant l'OMC le sont souvent à l'initiative d'un opérateur du membre plaignant. Dans de nombreux cas, l'opérateur aurait pu introduire en parallèle une procédure devant une juridiction nationale pour contester la même mesure en vertu du droit interne du pays défendeur membre de l'OMC. Tel a été effectivement le cas dans certaines affaires, comme en attestent les nombreux

¹¹³ Comme indiqué plus haut, jusqu'à présent seules cinq procédures de RDIE ont été engagées par des investisseurs canadiens dans le cadre des TBI existants entre le Canada et certains États membres.

recours intentés devant la Cour de justice concernant des mesures contestées devant un groupe spécial de l'OMC comme, par exemple, le régime de l'Union relatif au commerce de la banane, l'interdiction des produits dérivés du phoque ou la «réduction à zéro» des marges de dumping. Or, ni le risque de procédures parallèles ni, à l'inverse, le risque que la disponibilité des recours devant l'OMC puisse dissuader l'utilisation de voies de recours internes n'ont jusqu'ici été jugés de nature à remettre en question la compatibilité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

3.2.3.7. Les sentences du tribunal des investissements n'ont pas d'effets *erga omnes* ; en outre, ce tribunal ne peut ordonner que le versement de dommages pécuniaires

129. Les sentences du tribunal des investissements ne produiront pas d'effets *erga omnes*. L'article 8.41 de l'AECG confirme que ces sentences ne sont obligatoires que «pour les parties au différend et en ce qui concerne l'affaire jugée».
130. En outre, la gamme des mesures correctrices disponibles en cas de violation des dispositions de l'AECG relatives à la protection des investissements est très limitée. Le tribunal peut uniquement ordonner le versement de dommages pécuniaires ou la restitution de biens¹¹⁴. Le défendeur a néanmoins toujours le loisir d'opter pour le paiement de dommages pécuniaires au lieu de procéder à la restitution¹¹⁵. Le tribunal des investissements ne peut en aucun cas ordonner l'abrogation, la cessation ou la modification du traitement en cause.
131. À cet égard, le STI prévu par l'AECG est beaucoup moins intrusif que les mécanismes de règlement des différends mis en place par l'accord sur l'OMC ou les accords bilatéraux de libre-échange auxquels l'Union européenne a adhéré¹¹⁶, lesquels comportent une obligation, en principe, de mettre la mesure en conformité avec l'accord concerné, l'indemnisation ou les mesures de rétorsion n'étant autorisées qu'en tant que solutions temporaires¹¹⁷.

¹¹⁴ Article 8.39, paragraphe 1, de l'AECG.

¹¹⁵ Article 8.39, paragraphe 1, de l'AECG.

¹¹⁶ Voir par exemple les articles 29.12 à 29.15 de l'AECG.

¹¹⁷ Mémoire d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, article 3, paragraphe 7, article 22, paragraphe 1, et article 22, paragraphe 8.

132. Étant donné que l’AECG ne comporte aucune obligation d’abroger, de modifier ou de suspendre la mesure interne contraire à l’accord, toute appréciation préalable de la signification de ladite mesure que pourrait faire le tribunal des investissements, en tant que question de fait¹¹⁸, afin d’en évaluer sa compatibilité avec l’accord ne saurait être considérée comme ayant «pour effet d’imposer à l’Union et à ses institutions, dans l’exercice de leurs compétences internes, une [telle] interprétation»¹¹⁹. En effet, les institutions de l’Union, dont la Cour de justice, resteront entièrement libres de décider de maintenir la mesure contraire à l’accord et, si elles le font, de l’interpréter comme elles le jugent le plus approprié.

3.2.3.8.L’AECG n’aura pas un effet de «gel réglementaire» indu

133. D’aucuns ont prétendu que le tribunal pourrait accorder des dommages-intérêts d’un montant si important que cette éventualité pourrait avoir pour effet de dissuader les législateurs et autorités de réglementation de l’Union d’adopter des dispositions législatives et réglementaires légitimes (effet dit de «gel réglementaire»), voire de décourager les autorités compétentes (y compris judiciaires) de faire respecter de telles dispositions.¹²⁰

134. A cet égard, il convient de rappeler d’emblée que l’indemnisation des dommages-intérêts n’est pas confinée au domaine du RDIE, mais est une des formes traditionnelles de réparation selon le droit international. En effet, c’est un principe bien établi du droit international que la violation d’un engagement international

¹¹⁸ Article 8.31, paragraphe 2, de l’AECG.

¹¹⁹ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 184. Voir aussi avis 1/91, EU:C:1991:490, points 30 à 35, et avis 1/00, EU:C:2002:231, point 13.

¹²⁰ Il n’y a pas de preuves empiriques concluantes du prétendu effet de "gel réglementaire". Une étude préparée pour le gouvernement du Pays-Bas a conclu que:

[t]here is no conclusive empirical evidence for “regulatory chill” due to the existence of an investment treaty providing for ISDS. Moreover, the 260+ ISDS cases which have been concluded worldwide demonstrate that most procedures concern individual administrative treatment of investors. Legislative acts are subject to ISDS procedures only in exceptional cases, and these claims are hardly, if ever, successful.

Christian Tietje and Freya Baetens, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, point. 283 (disponible à l’adresse suivante: <<http://media.leidenuniv.nl/legacy/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip.pdf>>)

entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate.¹²¹ Le STI n'est qu'un mécanisme permettant aux investisseurs d'exiger une telle réparation dans la forme de l'indemnisation des dommages-intérêts. Cette obligation est différente et indépendante de l'obligation de réparation qui peut résulter du droit interne de la partie concernée. De plus, l'indemnisation des dommages-intérêts est la moins intrusive des différentes formes de réparation en droit international, n'imposant pas une obligation à l'État de supprimer les mesures jugées internationalement illicites.

135. En outre, il faut rappeler que tout traité international est censé être respecté de bonne foi¹²² et, par conséquent, vise à dissuader les parties de prendre des mesures (y compris législatives ou réglementaires) de nature à enfreindre les obligations qui leur sont imposées. L'existence de mécanismes efficaces de règlement des différends, tels que le STI ou les mécanismes de règlement des différends entre États prévus par l'AECG, renforce l'effet dissuasif qui est inhérent à tout accord international. Pourtant, la simple circonstance qu'un accord international a un tel effet dissuasif ne saurait être considérée comme incompatible en soi avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, sous peine d'empêcher l'Union d'être partie à tout accord international ou, du moins, à tout accord international ayant vocation à être effectivement mis en œuvre par les parties.

136. Le Conseil et le Parlement doivent disposer d'une large marge d'appréciation pour décider d'assumer ou non les obligations de réparation qui peuvent découler de la conclusion de tout traité international par l'Union. Même en supposant que, dans des

¹²¹ Voir articles 34-36 du projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs (2001) (Disponible à l'adresse suivante: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf).

Le principe général de réparation des conséquences de la commission d'un fait internationalement illicite a été énoncé par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*:

C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Des divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant des divergences relatives à l'application.

Usine de Chorzów, compétence, C.P.J.I., série A, n° 9 (1927), p. 21.

¹²² Voir article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités (*Pacta sunt servanda*), qui dispose ce qui suit:

«*Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.*»

circonstances tout à fait exceptionnelles, un traité qui aurait, en vertu d'une telle obligation potentielle de réparation, un effet dissuasif manifestement excessif puisse être considéré comme contraire au principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, il est évident que tel n'est pas le cas de l'AECG.

137. En ce qui concerne les obligations matérielles imposées par l'AECG, il convient de rappeler que son article 8.9, paragraphe 1, réaffirme expressément le droit de réglementer dont jouit chaque partie à l'accord:

Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.

138. L'article 8.9, paragraphe 2, de l'AECG apporte ensuite la confirmation suivante:

Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section.

139. De manière cohérente avec le droit de réglementer réaffirmé à l'article 8.9, paragraphe 1, de l'AECG, les diverses normes régissant la protection des investissements énoncées au chapitre 8 de l'accord établissent des critères rigoureux pour la constatation d'une violation et sont analogues à celles prévues par le droit de l'Union ou les législations des États membres (voir ci-dessous section 3.3.3).

140. L'instrument d'interprétation commun établi par l'Union européenne et le Canada au moment de la signature de l'AECG¹²³ précise encore que:

L'AECG préserve la capacité de l'Union européenne et de ses États membres ainsi que du Canada à adopter et à appliquer leurs propres dispositions législatives et réglementaires destinées à réglementer les activités économiques dans l'intérêt public, à réaliser des objectifs légitimes de politique publique tels que la protection et la promotion de la santé publique, des services sociaux, de l'éducation publique, de la

¹²³ L'Instrument interprétatif commun "expose clairement et sans ambiguïté, au sens de l'article 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ce sur quoi le Canada ainsi que l'Union européenne et ses États membres se sont entendus dans un certain nombre de dispositions de l'AECG qui ont fait l'objet de débats et préoccupations au sein de l'opinion publique". Instrument interprétatif commun, point 1 e) (Publié dans le JO L 11 du 14.1.2017).

*sécurité, de l'environnement et de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, la protection de la vie privée et la protection des données, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle.*¹²⁴

141. En ce qui concerne les mesures correctrices possibles, l'AECG contient des dispositions de nature à garantir qu'elles sont proportionnées aux effets de violations de ses règles dans tous les cas. L'article 8.39, paragraphe 3, de l'AECG dispose ce qui suit:

Les dommages pécuniaires ne sont pas supérieurs à la perte subie par l'investisseur ou, le cas échéant, par l'entreprise établie localement, déduction faite de tous dommages ou indemnités versés antérieurement. Aux fins du calcul des dommages pécuniaires, le Tribunal réduit également les dommages-intérêts afin de tenir compte de toute restitution de biens ou de l'abrogation ou de la modification de la mesure.

142. Le paragraphe 4 dudit article prévoit en outre que le «Tribunal n'accorde pas de dommages-intérêts punitifs».

143. Bien que le montant des dommages-intérêts accordés par les tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissements soit parfois considérable, il a souvent été exagéré par les détracteurs du RDIE/STI. Une étude récente a conclu que le montant moyen accordé par de telles juridictions était d'environ 16,6 millions d'USD¹²⁵.

144. Les mesures correctrices ordonnées en vertu des mécanismes classiques de règlement des différends entre États peuvent, dans certains cas, être d'ampleur équivalente, voire supérieure, à celles résultant du RDIE/STI. Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un litige récent au titre de l'accord sur l'OMC, la partie plaignante a été autorisée à suspendre des concessions pour un montant allant jusqu'à 230 millions d'USD par an¹²⁶. Dans une procédure en instance engagée contre

¹²⁴ Instrument interprétatif commun, point 2. (Publié dans le JO L 11 du 14.1.2017).

¹²⁵ Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide, Susan D. Franck, Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series, 2 février 2014 (voir p. 14).

¹²⁶ Il s'agit de l'affaire DS386, États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (IPO). D'autres exemples sont disponibles à l'adresse suivante: <http://www.worldtradelaw.net/databases/suspensionawards.php>

l'Union européenne, la partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions pour un montant de 10 milliards d'USD par an¹²⁷.

3.2.3.9. L'AECG n'empêche pas la cessation d'une aide d'État ou le remboursement des aides illégales et/ou incompatibles avec le TFEU

145. Les normes matérielles relatives à la protection des investissements énoncées dans l'AECG ne sont pas destinées à limiter le droit de chacune des parties de mettre fin à une aide d'État accordée en violation de ses règles internes en la matière ou d'en demander le remboursement.

146. Néanmoins, afin d'éviter toute interprétation erronée et de répondre à la préoccupation suscitée par certaines décisions des tribunaux arbitraux dans le cadre des TBI entre des États membres¹²⁸, l'article 8.9, paragraphe 4, de l'AECG est explicitement libellé comme suit:

«Il est entendu qu'aucune disposition de la présente section n'est interprétée comme empêchant une Partie de mettre fin à l'octroi d'une subvention ou de demander son remboursement lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour se conformer aux obligations internationales entre les Parties ou a été ordonnée par une cour ou un tribunal administratif compétent, ou par une autre autorité compétente, ni comme obligeant cette Partie à indemniser l'investisseur en conséquence.»¹²⁹

147. Les termes «il est entendu que» témoignent du fait que les parties s'entendent sur le fait que cette disposition ne fait que clarifier les autres dispositions de la même section. En d'autres termes, cette disposition ne vise pas à créer une exception aux obligations imposées par d'autres dispositions de l'AECG, mais à clarifier de manière contraignante pour le STI la portée des obligations imposées par ces dispositions.

¹²⁷ Voir document de l'OMC WT/DS316/18, disponible à l'adresse suivante:

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fds316%2f*\)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds316%2f*)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

¹²⁸ Voir, en particulier, l'arbitrage Ioan Micula e.a. c/ Roumanie (affaire CIRDI n° ARB/05/20). La Commission estime que la sentence arbitrale dans cette affaire est fondée sur une interprétation incorrecte du TBI Roumanie/Suède, lequel en tout état de cause est incompatible avec le droit de l'Union, comme tous les TBI entre États membres. Cf. décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie – Sentence arbitrale dans l'affaire Micula/Roumanie du 11 décembre 2013, OJ L 232 du 4.9.2015, p.43

¹²⁹ Notes de bas de page omises. Soulignement ajouté.

3.2.3.10. L'AECG ne prive pas d'effectivité les décisions en matière de concurrence

148. Dans sa demande d'avis, la Belgique observe que, dans le cas où une décision prise par une autorité de l'Union (ou d'un État membre) en matière de concurrence d'imposer une amende à un investisseur canadien serait jugée incompatible avec le Chapitre 8 de l'AECG, le tribunal pourrait accorder une indemnité équivalente au montant de l'amende. La Belgique s'interroge sur la compatibilité de ce résultat avec le principe d'effectivité du droit de l'Union¹³⁰.

149. A cet égard, il convient de noter que rien dans l'AECG n'est censé limiter le droit de chaque partie d'appliquer ses propres lois et règlements en matière de concurrence. Bien au contraire, l'AECG comprend un chapitre portant spécifiquement sur la "politique de la concurrence" (Chapitre 17), qui oblige chaque partie à prendre des mesures appropriées contre les pratiques anticoncurrentielles.

150. Plus précisément, l'article 17(1) de l'AEGC dispose que:

Les Parties admettent l'importance d'une concurrence libre et non faussée dans leurs relations commerciales. Les Parties reconnaissent que les comportements commerciaux anticoncurrentiels sont susceptibles de fausser le bon fonctionnement des marchés et de réduire les avantages découlant de la libéralisation des échanges

151. L'article 17(3) de l'AECG dispose en outre que:

Les Parties prennent les mesures appropriées pour prohiber les comportements commerciaux anticoncurrentiels, reconnaissant que de telles mesures favoriseront la réalisation des objectifs du présent accord.

152. Il ressort des dispositions précitées que l'application par les autorités de l'UE des règles de concurrence du TFUE ne pourrait en aucun cas être réputée incompatible *per se* avec le Chapitre 8 de l'AECG. Certes, les décisions individuelles prises par les autorités de l'UE en vertu de ces règles doivent être conformes aux différentes normes de traitement prévues au Chapitre 8 et notamment à la norme du traitement juste et équitable. Mais, comme expliqué ci-dessous¹³¹, ces normes imposent des critères très rigoureux pour la constatation d'une violation et sont analogues à celles prévues par le droit de l'Union ou des États membres. Dès lors, une décision des

¹³⁰ Demande de la Belgique, points 58-63.

¹³¹ Voir points 237-243.

autorités de l'UE en matière de concurrence qui serait conforme aux exigences du droit de l'Union devrait en même temps, et en effet *a fortiori*, être aussi entièrement compatible avec le chapitre 8 de l'AEGC.

153. En outre, même si le risque qu'un tribunal international puisse interpréter incorrectement un accord international ne peut jamais être entièrement exclu, les améliorations apportées par l'AECG en ce qui concerne la composition et le fonctionnement des tribunaux d'arbitrage (y compris, en particulier, un tribunal permanent et un mécanisme d'appel) limitent dans une très large mesure un tel risque.

154. De l'avis de la Commission, le simple risque hypothétique que, dans des cas individuels très exceptionnels, les dispositions de l'AECG puissent être interprétées incorrectement par le STI ne suffit pas à considérer que l'AEGC est incompatible *per se* avec le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

3.2.3.11. Soumettre l'exécution de toutes les sentences arbitrales à une clause d'ordre public n'est pas nécessaire afin de préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE et empêcherait de fournir une protection adéquate et réciproque aux investisseurs européens

155. Comme expliqué ci-dessus, l'article 8.23.2 de l'AECG prévoit qu'une plainte peut être déposée conformément à la convention du CIRDI, au règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou à toutes autres règles dont les parties au différend conviennent.

156. Dans les cas où une plainte a été déposée conformément à la Convention du CIRDI, l'article 54.1 de la convention du CIRDI dispose que:

Chaque 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. [...]

157. Par conséquent, s'agissant d'une sentence rendue dans le cadre de la convention du CIRDI, le tribunal national auquel il est demandé l'exécution de la sentence ne peut

pas examiner si elle est en conflit avec l'ordre public de l'État du forum¹³². Le tribunal national se limite à vérifier que la sentence est authentique.

158. Lorsque la plainte a été déposée en conformité avec d'autres règles (y compris le règlement d'arbitrage de la CNUDCI), la reconnaissance et l'exécution sont régies par le droit interne de l'État ou l'exécution est demandée. Dans la pratique, dans de nombreux pays, les dispositions applicables du droit interne sont fondées sur la Convention de New York de 1958¹³³. L'article V de cette Convention énumère un certain nombre de motifs limités permettant de refuser l'exécution. Ces motifs comprennent, en particulier, l'existence d'un conflit avec "l'ordre public" de l'État où l'exécution est demandée¹³⁴.

159. Indépendamment des règles d'arbitrage applicables, une sentence rendue par le STI est «obligatoire pour les parties au différend et en ce qui concerne l'affaire jugée»¹³⁵. Les parties doivent reconnaître la sentence et s'y conformer sans délai¹³⁶. L'exécution de la sentence est régie par la législation relative à l'exécution des jugements ou des sentences qui est en vigueur là où l'exécution est demandée¹³⁷.

160. Il a été suggéré que les tribunaux de l'UE devraient toujours avoir la possibilité de refuser l'exécution des sentences arbitrales pour des raisons d'ordre public, y compris lorsque la plainte a été déposée en vertu de la Convention du CIRDI.

161. Pour les raisons exposées ci-dessous, la Commission est d'avis que le fait que l'exécution d'une sentence ne soit pas soumise à une clause d'ordre public lorsque la

¹³² La Commission rappelle que l'Union européenne n'est pas partie à la convention du CIRDI, qui n'est pas ouverte à la participation des organisations d'intégration économique régionale, mais seulement aux États. Tous les États membres (à l'exception de la Pologne) sont parties à la convention du CIRDI. Les règles du CIRDI s'appliqueront aux différends lorsque le défendeur est l'un des États membres qui sont parties à la convention du CIRDI et que l'investisseur choisira ces règles.

¹³³ Dans certains pays les dispositions applicables sont basées sur la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commerciale internationale, dont le contenu est similaire à celui de la Convention de New York de 1958. Texte disponible à l'adresse suivante: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

¹³⁴ Voir R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford (2009), p. 288.

¹³⁵ Article 8.41, paragraphe 1, de l'AECG.

¹³⁶ Article 8.41, paragraphe 2, de l'AECG.

¹³⁷ Article 8.41, paragraphe 4, de l'AECG.

plainte a été déposée conformément aux règles du CIRDI ne rend pas l'AECG incompatible avec le principe d'autonomie du droit de l'UE'.

162. La Commission souligne que les arguments avancés dans cette section ne sont valables que pour l'AECG, qui renvoie de manière expresse à la section IV, chapitre 6, de la convention du CIRDI pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues sur la base des règles du CIRDI. Ils ne préjugent pas la question des limitations à la reconnaissance ou exécution des sentences arbitrales rendues conformément aux règles du CIRDI qui peuvent résulter du droit de l'Union, lorsque ces sentences sont rendues en vertu d'un TBI auquel un ou plusieurs États membres, mais pas l'Union, sont parties, ou en vertu du TCE.

163. Tout d'abord, il convient de rappeler que la Convention de New York (comme le règlement d'arbitrage de la CNUDCI) a été principalement conçue pour être appliquée en relation avec l'arbitrage commercial. L'arbitrage commercial a pour but d'interpréter et appliquer un contrat privé, dont le contenu a été, en règle générale, librement convenu par les parties. Les autorités publiques ne peuvent pas contrôler *ex ante* la conformité de ces contrats avec l'ordre public d'un État. En outre, la loi applicable comprend souvent la loi d'un pays étranger et/ou des «principes d'équité». D'où la nécessité de prévoir un mécanisme de contrôle *ex post* pour vérifier la conformité de la sentence arbitrale avec l'ordre public du pays où le tribunal siège, ou du pays où l'exécution est demandée, avant de donner des effets juridiques à la sentence.

164. En revanche, la Convention du CIRDI s'applique spécifiquement au RDIE et tient compte des caractéristiques uniques de cette forme d'arbitrage. Le RDIE est un moyen de faire respecter un accord international auquel l'État défendeur est partie. Par conséquent, cet État a eu la possibilité de vérifier *ex ante* que l'accord est compatible avec son ordre public. Certes, on ne peut pas exclure complètement que, dans des cas exceptionnels, l'accord puisse être mal interprété par un tribunal. Mais ce risque ne justifie pas l'introduction d'un contrôle *ex post* par les tribunaux nationaux de la partie défenderesse.

165. Les dispositions de fond sur la protection des investissements contenues dans le chapitre 8 de l'AECG sont pleinement compatibles avec les Traités et avec l'ordre public de l'Union. Ces normes de fond sont beaucoup plus précises que celles contenues dans les TBI traditionnels des États membres, ce qui limite le risque

qu'elles soient mal appliquées par le Tribunal. En outre, les améliorations apportées par l'AECG en ce qui concerne la composition et le fonctionnement des tribunaux d'arbitrage (y compris, en particulier, un tribunal permanent et un mécanisme d'appel) contribueront davantage à prévenir le risque de mauvaise application de l'AECG.

166. En tout état de cause, même si le Tribunal ou le Tribunal d'appel ont commis une erreur dans leur interprétation du chapitre 8 de l'AECG, la seule mesure qui pourrait être ordonnée est le versement d'une indemnité, ce qui n'est pas susceptible en soi de créer un «conflit» avec l'ordre public de l'UE.

167. La notion d'ordre public, telle qu'utilisée dans le cadre de la Convention de New York, est ouverte à des interprétations différentes et potentiellement très larges, voire abusives. Par exemple, la Cour suprême de l'Inde a interprété la notion d'ordre public de manière très extensive, établissant que l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peut être refusée par un tribunal indien pour des raisons d'ordre public si cette exécution est contraire, entre autres, aux «intérêts de l'Inde».¹³⁸

168. Dans le cadre de l'arbitrage commercial, les autorités compétentes du pays où l'exécution est demandée (y compris les autorités judiciaires) n'ont pas un intérêt direct à donner une interprétation large à la notion d'ordre public. Au contraire, il a été observé que les tribunaux de certains pays tendent à interpréter de manière très restrictive cette notion afin de favoriser le développement des activités très lucratives d'arbitrage commercial sur leur territoire.

169. En revanche, dans le cadre du STI, les autorités compétentes de l'État défendeur (y compris les autorités judiciaires) ont un intérêt évident à faire une interprétation large de la notion d'ordre public, de manière à se soustraire au paiement de l'indemnité accordée par le tribunal arbitral.

170. L'un des objectifs fondamentaux du STI est de répondre à la crainte des investisseurs étrangers que les tribunaux du pays d'accueil n'offrent pas des garanties suffisantes d'indépendance, d'impartialité et de professionnalité. Donner à ces tribunaux la possibilité d'empêcher l'exécution des sentences arbitrales sur la base de vagues notions d'ordre public ne tiendrait pas compte de cette crainte.

¹³⁸ Voir par exemple *Renusagar Power Co Ltd v General Electric Co*, AIR 1994 SC 860: 1994 SCC Supl (1) 644, para. 66.

171. Pour ces raisons, soumettre l'exécution de toutes les sentences arbitrales à une clause d'ordre public réduirait considérablement l'efficacité du STI et empêcherait de fournir une protection adéquate et réciproque aux investisseurs de l'UE dans les pays tiers.

172. Finalement, on peut noter que l'obligation de mettre en œuvre les décisions des organes chargés du règlement de différends entre États, comme par exemple dans le cadre de l'OMC ou des accords commerciaux bilatéraux de l'Union, n'est normalement soumise à aucune exception d'ordre public, et la Belgique ne semble pas considérer que cela devrait être le cas. Or, comme expliquée ci-dessus, il ne devrait pas y avoir de différences selon la qualité du requérant en cas d'obligation d'exécution d'une sentence ou jugement internationale, les conséquences économiques d'une telle décision arbitrale pouvant aussi être considérables en cas de différends entre États.

3.2.3.12. Le STI contribue utilement à la réalisation des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union

173. Le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ne peut pas être interprété d'une manière qui entrave indûment la capacité de l'Union à contribuer à la réalisation des principes et objectifs de son action extérieure, tels que décrits à la section 3.2.2.

174. Ainsi qu'il a été expliqué plus haut, la conclusion de TBI prévoyant le STI est un instrument essentiel de la politique en matière d'investissements, qui est largement employé depuis des décennies par presque tous les pays.

175. Si le STI était déclaré intrinsèquement incompatible avec le principe d'autonomie du droit de l'Union, il en résulterait un handicap pour l'Union vis-à-vis de la plupart des autres pays, y compris ceux qui figurent au nombre de ses principaux concurrents que ce soit en tant que sources ou destinations des investissements étrangers, tels que les États-Unis, la Chine ou le Japon. La capacité de l'Union à continuer à promouvoir et favoriser les investissements étrangers entre l'Union européenne et les pays tiers s'en trouverait considérablement affaiblie, ce qui serait contraire aux objectifs poursuivis par les traités¹³⁹.

¹³⁹ Voir article 21, paragraphe 2, point e), TUE, article 63 TFUE et article 206 TFUE.

176. Par ailleurs, si la Cour concluait que l'Union est empêchée d'être partie à des accords prévoyant le STI, une telle conclusion porterait atteinte à la capacité de l'Union à protéger efficacement les citoyens de l'Union¹⁴⁰ contre des mesures prises par d'autres pays. Les juridictions nationales de nombreux pays tiers n'offrent pas, à la différence des juridictions de l'Union, des garanties suffisantes d'indépendance, d'impartialité et de professionnalisme. En conséquence, déclarer que l'Union ne peut pas conclure des accords prévoyant le STI l'empêcherait de garantir une réciprocité efficace pour les investisseurs de l'Union dans des pays tiers.

177. De manière plus générale, une constatation selon laquelle l'Union ne peut pas conclure des accords prévoyant le STI entraverait la capacité de l'Union à contribuer au développement du droit international des investissements¹⁴¹, désormais fondé dans une très large mesure sur ce type d'accords, et donc à promouvoir le respect de l'État de droit¹⁴² et de la bonne gouvernance mondiale dans le domaine des investissements étrangers¹⁴³.

178. Par ailleurs, si la Cour établissait que le STI est intrinsèquement incompatible avec le principe de l'autonomie du droit de l'Union, il en résulterait inévitablement que l'arsenal de près de 1 400 TBI conclus par les États membres depuis les années 1950, avec près de 170 pays, est également incompatible avec les traités. Il faudrait, dès lors, que les États membres dénoncent tous ces accords. Une telle situation risquerait de décourager les investissements futurs entre l'Union européenne et les pays tiers et priverait les investisseurs de l'Union qui ont déjà investi des ressources importantes dans des pays tiers d'une indispensable protection.

3.2.4. Une «procédure de l'implication préalable» n'est pas obligatoire dans le cas de l'AECE

179. Le projet d'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH prévoyait une procédure dite «de l'implication préalable» de la Cour. Cette procédure visait à permettre à la Cour d'examiner la compatibilité des dispositions concernées du droit de l'Union avec les

¹⁴⁰ Voir article 3, paragraphe 5, TFUE.

¹⁴¹ Voir article 3, paragraphe 5, TUE.

¹⁴² Voir article 21, paragraphe 2, point b), TUE.

¹⁴³ Voir article 21, paragraphe 2, point h), TUE.

droits en question garantis par la CEDH. Le paragraphe 66 du projet de rapport explicatif précisait que les termes «examiner la compatibilité de la disposition» signifiaient, en substance, statuer sur la validité d'une disposition du droit dérivé ou bien sur l'interprétation d'une disposition du droit primaire¹⁴⁴.

180. Dans son avis 2/13, la Cour a déclaré que:

La limitation de la portée de la procédure de l'implication préalable, en ce qui concerne le droit dérivé, aux seules questions de validité porte atteinte aux compétences de l'Union et aux attributions de la Cour en ce qu'elle ne permet pas à celle-ci de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé au regard des droits garantis par la CEDH¹⁴⁵.

181. Dans sa demande, le Royaume de Belgique¹⁴⁶ s'interroge sur la question de savoir si le raisonnement exposé par la Cour dans son avis 2/13 en ce qui concerne la «procédure de l'implication préalable» pourrait rendre le STI de l'AECG incompatible avec les traités, car le STI ne comporte pas de mécanisme permettant à la Cour de se prononcer sur l'interprétation d'une disposition de droit interne de l'Union avant que la compatibilité de cette disposition avec l'AECG soit examinée par le tribunal des investissements. La Commission ne partage pas cette opinion, pour l'ensemble des raisons exposées ci-après.

3.2.4.1. La CEDH présente des caractéristiques uniques, qui requièrent des garanties supplémentaires, telles qu'une procédure de l'implication préalable

182. Les conclusions et le raisonnement susmentionnés exposés par la Cour dans son avis 2/13 en ce qui concerne la procédure de l'implication préalable doivent être lus en tenant compte des spécificités de la CEDH ainsi que de la jurisprudence antérieure de la Cour sur le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

183. Ainsi qu'il est expliqué à la section 3.2.1, il ressort de cette jurisprudence que la préoccupation principale de la Cour est d'empêcher que les décisions d'un organe international de règlement des différends n'aient «pour effet de lier l'Union

¹⁴⁴ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 242.

¹⁴⁵ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 247.

¹⁴⁶ Demande du Royaume de la Belgique, paras. 24 et 34-36.

européenne et ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, à une interprétation particulière des règles de droit de l'Union»¹⁴⁷.

184. Pour les raisons indiquées dans la section précédente, la Commission est d'avis que l'AECG comporte des garanties suffisantes contre un tel risque. Par comparaison, comme il est expliqué ci-dessous, la CEDH présente des caractéristiques tout à fait exceptionnelles, davantage susceptibles d'affecter l'autonomie du droit de l'Union, de sorte que des garanties supplémentaires doivent être mises en place, comme la «procédure de l'implication préalable».

i) Les normes de protection figurant dans l'AECG n'occupent pas la même place dans l'ordre juridique de l'Union que les droits fondamentaux garantis par la CEDH

185. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH, constituent des principes généraux du droit de l'Union¹⁴⁸ et sont le fondement même de l'ordre juridique de l'Union. La Cour de justice se base sur la CEDH comme source principale pour déterminer quels droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit de l'Union. Dans ce contexte, la Cour de justice fait régulièrement référence à la jurisprudence de la Cour EDH.

186. À la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis la même valeur juridique que les traités¹⁴⁹. La Charte est largement fondée sur la CEDH et, dans cette mesure, doit être interprétée de la même manière que la CEDH. Plus précisément, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte est libellé comme suit:

Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

187. Les normes de protection prévues par l'AECG n'ont pas le même rang dans l'ordre juridique de l'Union que les droits fondamentaux garantis par la CEDH. De plus, elles ont un champ d'application tant personnel que matériel beaucoup plus

¹⁴⁷ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 184. Voir aussi avis 1/91, EU:C:1991:490, points 30 à 35, et avis 1/00, EU:C:2002:231, point 13.

¹⁴⁸ Article 6, paragraphe 3, TUE.

¹⁴⁹ Article 6, paragraphe 1, TUE.

restreint. La CEDH met en place une protection dont quiconque peut se prévaloir dans l'Union européenne, tandis que la protection assurée par l'AECG à l'intérieur des frontières de l'Union européenne est limitée aux investisseurs canadiens. En outre, alors que l'AECG comporte uniquement quelques normes minimales visant à protéger les investissements étrangers contre certains types de traitements strictement définis, les droits fondamentaux garantis par la CEDH ont une très vaste portée.

188. De surcroît, ni l'AECG ni aucune disposition du droit interne de l'Union n'obligent à interpréter les normes protectrices de l'AECG et celles établies en droit interne de l'Union de manière uniforme, à la différence de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte en ce qui concerne les droits fondamentaux garantis par la CEDH.

iii) La CEDH n'exclut pas l'«effet direct» de ses dispositions

189. Ainsi qu'il est rappelé ci-dessus, l'AECG exclut expressément l'«effet direct» de toutes ses dispositions, y compris tant les normes matérielles relatives à la protection des investissements susceptibles d'être invoquées au titre du STI que les règles relatives au STI elles-mêmes¹⁵⁰.

190. La CEDH, quant à elle, n'exclut pas l'effet direct de ses dispositions. De plus, il n'y a pas de raison évidente pour laquelle, selon les critères énoncés par la Cour de justice, l'effet direct de la CEDH devrait être exclu.

191. En fait, lorsque votre Cour aborde la procédure d'implication préalable dans son avis 2/13, elle envisage une situation où elle examinerait la "compatibilité" du droit de l'Union "avec les engagements de l'Union découlant de son adhésion à la CEDH".¹⁵¹ La Cour part donc de l'hypothèse que ces engagements ont un effet direct, et que l'"interprétation préalable" du droit de l'Union (en plus de la validité du droit dérivé) se ferait dans ce contexte. Or, dans le cadre de l'AECG, ce contexte n'existe pas en l'absence d'effet direct, une procédure préalable d'examen de compatibilité étant donc sans objet.

iv) La CEDH prévoit un système beaucoup plus complet de mesures correctrices

¹⁵⁰ Article 30.6, paragraphe 1, de l'AECG.

¹⁵¹ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 244.

192. La CEDH met en place un système beaucoup plus complet de mesures correctrices en cas de violation de ses dispositions. Contrairement aux solutions prévues dans l’AECG, celles de la CEDH ne sont pas limitées au versement de dommages pécuniaires par la partie défenderesse en cas de violation. Cette dernière doit, de surcroît, mettre un terme à la violation de la CEDH et, à cet effet, abroger, modifier ou réinterpréter son droit interne s’il y a lieu. La Cour de justice l’a résumé en ces termes dans son avis 2/13:

En vertu de l'article 46, paragraphe 1, de la CEDH, les Parties contractantes sont tenues de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour EDH dans les litiges auxquels elles sont parties. En application de cette disposition, une Partie contractante est obligée, d'une part, de prendre, en ce qui concerne le requérant, toutes les mesures individuelles applicables en vertu de son droit interne afin d'éliminer les conséquences de la violation constatée dans l'arrêt de la Cour EDH (restitutio in integrum). Si le droit interne de la Partie contractante concernée ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, l'article 41 de cette convention prévoit que la Cour EDH accorde une "satisfaction équitable" au requérant. D'autre part, une Partie contractante est tenue d'adopter les mesures d'ordre général, telles qu'une modification de son droit interne, des changements jurisprudentiels ou d'autres types de mesures, afin de prévenir de nouvelles violations analogues à celles constatées par cette Cour ou de mettre un terme à des violations subsistant dans ce droit¹⁵².

v) *Conséquences de la spécificité de la CEDH*

193. Les spécificités de la CEDH évoquées ci-dessus peuvent entraîner la conséquence que, dans un nombre significatif d'affaires portant sur des matières qui relèvent du droit de l'Union – quelles qu'elles soient –, la Cour de justice pourrait être contrainte d'annuler ou d'invalider une disposition du droit interne de l'Union ayant précédemment été jugée incompatible avec la CEDH par la Cour EDH, même si une telle conclusion se fonde sur une interprétation de la disposition en cause par la Cour EDH que la Cour de justice considérerait comme erronée. Il est par conséquent primordial, comme l'a souligné la Cour de justice dans l'avis 2/13, de prévoir son implication préalable également en ce qui concerne l'interprétation du droit dérivé de l'Union.

194. En revanche, pour les raisons expliquées ci-dessus, dans le cadre du STI prévu par l’AECG, la Cour de justice ne pourra jamais être contrainte d’annuler ou d’invalider une disposition du droit interne de l’Union. Dans l’hypothèse où une décision du

¹⁵² Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 22.

tribunal des investissements reposerait sur une interprétation d'une disposition du droit interne de l'Union faite par ce dernier que la Cour de justice considérerait comme erronée, la Cour de justice pourra purement et simplement ne pas tenir compte de cette interprétation de la disposition en cause, et continuer d'interpréter et d'appliquer celle-ci comme elle le juge bon. En conséquence, l'«implication préalable» de la Cour dans le contexte du STI prévu par l'AECG n'est pas nécessaire pour assurer l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

3.2.4.2. La procédure d'implication préalable est liée au respect du caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la CEDH – Dans le cas de l'AECG une obligation d'épuiser les voies de recours internes n'est ni nécessaire ni appropriée

195. Dans le cas de la CEDH, la nécessité d'une procédure de l'implication préalable de la Cour de justice est liée au respect du principe selon lequel «le mécanisme de contrôle institué par la CEDH a un caractère subsidiaire par rapport aux mécanismes de protection des droits de l'homme existant au sein des Parties contractantes»¹⁵³.
196. Ce principe est reflété dans les conditions de recevabilité des requêtes devant la Cour EDH, qui requièrent notamment que le requérant ait épuisé au préalable toutes les voies de recours internes¹⁵⁴. Cette exigence est indispensable eu égard au très large champ d'application de la CEDH et au grand nombre d'affaires potentielles.
197. Contrairement à la CEDH, l'AECG n'exige pas l'épuisement des voies de recours internes. Cette différence n'est probablement pas en soi déterminante en vue de répondre à la question soulevée par la Belgique. En effet, alors que dans l'avis 2/13 la Cour a rappelé que la nécessité de la procédure de l'implication préalable de la Cour était liée au respect du caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la CEDH, elle a également souligné que cette procédure "s'impose aussi pour assurer le bon fonctionnement du système juridictionnel de l'Union"¹⁵⁵. Toutefois, la portée de cette affirmation n'est pas éclairée d'avantage. De l'avis de la Commission, cette affirmation ne peut pas être interprétée comme impliquant une exigence générale de prévoir des procédures d'implication préalable en toute

¹⁵³ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 19.

¹⁵⁴ Article 35, paragraphe 1, de la CEDH.

¹⁵⁵ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 236.

circonstance. En effet, la référence au "bon fonctionnement du système juridictionnel" doit être contextualisée.¹⁵⁶

198. Au demeurant, la Commission estime qu'il est utile de rappeler brièvement les raisons pour lesquelles, dans le cas de l'AECG, une obligation d'épuiser les voies de recours internes n'est ni nécessaire ni appropriée.
199. Le nombre de litiges potentiels fondés sur les dispositions de droit interne qui appliquent les règles de protection des investissements d'un accord tel que l'AECG est très limité par rapport au nombre d'affaires susceptibles d'impliquer les droits fondamentaux garantis par la CEDH. L'épuisement des voies de recours au niveau local n'est dès lors pas une nécessité pratique, alors qu'il l'est dans le cas de la CEDH.
200. En outre, l'AECG, à l'instar de tous les récents accords de libre-échange conclus par l'Union, exclut expressément l'effet direct de ses dispositions. Par conséquent, les voies de recours internes ne pourraient être basées sur ces accords mais uniquement sur le droit interne de chaque partie. Or il n'est pas garanti que l'autre partie à l'accord ait pris toutes les mesures internes nécessaires pour se conformer à l'accord. Par exemple, au Canada le droit interne n'interdit pas la discrimination par raison de la nationalité contre les investisseurs des pays tiers. Il se peut, par conséquent, que les voies de recours internes soient inexistantes ou inefficaces.
201. Par ailleurs, l'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne permettrait pas de satisfaire à l'une des principales motivations de la conclusion d'accords prévoyant le RDIE/STI, à savoir la crainte des investisseurs étrangers que certaines juridictions nationales n'offrent pas des garanties suffisantes d'indépendance, d'impartialité et de professionnalisme, et que les procédures locales soient excessivement lentes et dispendieuses.
202. C'est pour ces raisons que, dans la pratique, des clauses exigeant l'épuisement des voies de recours à l'échelle locale sont très rares, et ne figurent en règle générale que dans les anciens TBI¹⁵⁷.

¹⁵⁶ La procédure d'implication préalable visait à tenir compte des particularités du système de l'Union, avec une implication du juge national en tant que "juge de droit commun" du droit de l'Union. Voir "Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" du 10 mai 2010, points 4 à 7.

203. De même, les mécanismes de règlement des différends entre États prévus par l'accord sur l'OMC ou les accords de libre-échange (y compris celui prévu dans le chapitre 29 de l'AECG) n'imposent pas l'épuisement des voies de recours internes, alors que, comme il a été rappelé plus haut, les mesures contestées dans le cadre de ces mécanismes sont également susceptibles de recours en vertu du droit interne devant les tribunaux de chaque partie.

3.2.4.3. Contrairement à la CEDH, le STI prévu dans l'AECG permet simplement aux investisseurs de faire valoir les droits d'une partie à l'accord

204. La CEDH, à l'instar des dispositions du droit interne de l'Union qui donnent effet à la CEDH, confère des droits subjectifs aux personnes physiques, même contre leur propre État d'origine et souvent indépendamment de leur nationalité.

205. En revanche le STI prévu par l'AECG – à l'instar du RDIE classique – vise à permettre aux investisseurs de faire valoir des droits de leur État d'origine en vertu du droit international.¹⁵⁸

¹⁵⁷ L'article 26 de la convention du CIRDI exclut l'obligation d'épuiser les voies de recours à l'échelle locale «sauf stipulation contraire».

¹⁵⁸ Voir *Loewen Group et autres/États-Unis*, affaire du CIRDI n° ARB(AF)/98/3, ALENA, sentence du 26 juin 2003, point 233 [traduction libre]:

«Le droit de saisir la justice en vertu du droit privé découle d'obligations personnelles (bien que de telles obligations puissent exister dans le chef d'un État ou à l'égard de celui-ci) qui prennent naissance du fait du droit interne et dont le respect est du ressort des juridictions nationales. Les recours formés au titre de l'ALENA sont d'une tout autre nature; ils découlent d'un pan du droit international public dans le cadre duquel, par voie conventionnelle, le pouvoir des États d'adopter, en vertu dudit droit, des mesures internationales en vue de réparer les préjudices occasionnés à ses ressortissants a été remplacé par la définition ad hoc de certains types d'actes préjudiciables et des modalités de réparation spécialisées qui y correspondent. Ces modalités sont distinctes des voies de recours prévues par le droit privé et excluent ces derniers: voir les articles 1121, 1131, 2021 et 2022. Il est vrai que certains aspects du règlement des litiges liés au commerce international privé ont été importés dans le mécanisme prévu par l'ALENA au moyen de l'article 1120, paragraphe 1, point c), et que l'examen des différends en vertu de ce mécanisme par des professionnels ayant l'expérience de l'examen d'affaires internationales de grande envergure soumises à l'arbitrage a peu à peu eu pour effet, en pratique, de rendre l'arbitrage en vertu de l'ALENA similaire aux procédures du type plus familier. Cette ressemblance de prime abord est cependant trompeuse. Les deux formes de procédure, et les droits qu'elles visent à faire respecter, n'ont rien en commun. Rien n'autorise à transposer des règles dérivées du droit privé dans un domaine du droit international dans lequel les plaignants sont autorisés à faire valoir, pour des raisons de commodité, des droits qui sont à l'origine des droits propres aux États parties à l'accord.»

3.2.4.4. Imposer la procédure de l'implication préalable dans des cas tels que celui de l'AECG risquerait de compromettre indûment la capacité de l'Union à conclure des accords internationaux et, lorsqu'un accord peut être conclu, de porter atteinte à sa mise en œuvre efficace

206. Déduire de l'avis 2/13 que l'«implication préalable» de la Cour de justice est toujours requise dès lors qu'une juridiction internationale interprète le droit interne de l'Union à titre préalable aurait de profondes répercussions qui iraient bien au-delà de l'AECG.
207. Préciser le sens du droit interne fait partie intégrante de tout mécanisme de règlement des différends internationaux. En substance, un tel mécanisme est censé déterminer si l'acte posé par la partie défenderesse est compatible avec le droit international. Lorsqu'il s'agit d'un acte normatif, la résolution du différend suppose forcément que la signification de cet acte normatif soit établie au préalable. Or, la plupart des accords internationaux prévoyant une juridiction internationale ou tout autre mécanisme de règlement des différends auxquels l'Union européenne a adhéré ne prévoient pas la procédure de l'implication préalable de la Cour de justice¹⁵⁹. Le projet d'accord d'adhésion à la CEDH aurait été une exception liée à la spécificité de cette convention.
208. Par ailleurs, il pourrait s'avérer extrêmement difficile, voire impossible, en pratique de parvenir à un accord sur une «procédure de l'implication préalable» avec d'autres pays en dehors du contexte très particulier de la CEDH, dont les parties sont en majorité des États membres de l'Union, ou d'accords d'association prévoyant l'extension de l'acquis de l'Union à des pays tiers.

¹⁵⁹ À titre exceptionnel, les accords d'association signés avec l'Ukraine et la Géorgie prévoient qu'en cas de différend concernant les dispositions desdits accords qui imposent à ces pays de rapprocher leur législation nationale de l'acquis de l'Union dans certains domaines, les questions relatives à l'interprétation de cet acquis soulevées dans le contexte du litige doivent d'abord être adressées à la Cour de justice. À la différence de ces accords, l'AECG, à l'instar de la plupart des autres accords de libre-échange conclus par l'Union européenne, ne prévoit pas l'extension de l'acquis de l'Union à l'autre partie.

Voir article 322 de l'accord d'association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part (disponible à l'adresse suivante: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529\(01\)&qid=1503924302466&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529(01)&qid=1503924302466&from=FR).)

Voir aussi article 267 de l'accord d'association entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part (disponible à l'adresse suivante: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830\(02\)&qid=1503924399480&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830(02)&qid=1503924399480&from=FR)).

209. Les pays tiers risquent de considérer l'intervention préalable de la Cour de justice comme un privilège unilatéral qui mettrait en péril la neutralité du mécanisme de règlement des différends. Dans une perspective inverse, l'octroi de la même prérogative à une juridiction d'autres parties à l'accord, qui peuvent ne pas offrir les mêmes garanties d'indépendance, d'impartialité et de professionnalisme que la Cour de justice, porterait atteinte à l'efficacité du mécanisme de règlement des différends et donc à l'intérêt de l'Union à assurer une protection efficace des investisseurs européens.

210. On peut prendre l'exemple du mécanisme de règlement des différends institué par l'accord sur l'OMC. Les groupes spéciaux de l'OMC ont pour pratique courante d'établir le sens du droit interne de l'Union en tant que première étape avant de trancher sur sa compatibilité avec l'accord sur l'OMC. Pourtant, l'accord sur l'OMC ne prévoit pas de procédure de l'implication préalable. Et selon toute probabilité, les autres membres de l'OMC n'accepteraient jamais qu'une telle procédure de l'implication préalable soit instituée. En outre, la Commission redoute que, si une telle procédure était introduite dans l'accord sur l'OMC, il serait beaucoup plus difficile pour l'Union européenne de contester avec succès et de manière efficace les mesures adoptées par d'autres pays en violation de l'accord sur l'OMC.

211. En résumé, faire de la «procédure de l'implication préalable» négociée par la Commission dans le contexte de la CEDH une composante indispensable de tout système de règlement de litiges internationaux compromettrait sérieusement la capacité de l'Union à conclure des accords internationaux et, lorsqu'un accord peut être conclu, porterait atteinte à l'application effective de celui-ci. Un tel résultat serait manifestement contraire aux objectifs et principes qui doivent guider l'action extérieure de l'Union, tels qu'énoncés dans les traités, et qui ont été décrits à la section 3.2.2.

3.3. Conformité aux principes d'égalité et de non-discrimination

212. Dans sa demande d'avis, le Royaume de Belgique s'interroge sur la compatibilité de l'article 8.39.2 a) de l'AECG avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination tels que consacrés aux articles 20 et 21 de la Charte des Droits Fondamentaux.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Demande la Belgique, points 48-64.

213. L'article 8.39.2 a) de l'AECG dispose que:

[...] lorsque une plainte est déposée en vertu de l'article 8.23.1.b):

a) la sentence adjugeant des dommages pécuniaires et tout intérêt applicable prévoit que cette somme doit être versée à l'entreprise établie localement.

214. A son tour, l'article 8.23.1 (b) de l'AECG stipule que:

[...] une plainte peut être déposée en vertu de la présente section:

a) soit par un investisseur d'une Partie en son propre nom;

b) soit par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise établie localement qu'il détient ou contrôle directement ou indirectement.

215. La notion d' "entreprise établie localement" est définie comme suit à l'article 8.1 de l'AECG:

Une personne morale qui est constituée ou organisée conformément à la législation du défendeur et qu'un investisseur de l'autre Partie détient ou contrôle directement ou indirectement

216. Le Royaume de Belgique semble considérer que le Chapitre 8 de l'AECG n'est pas discriminatoire dans la mesure où il accorde un traitement différent aux investisseurs canadiens que celui accordé aux investisseurs de l'Union Européenne à l'égard de leurs investissements dans l'Union Européenne. Par contre, selon le Royaume de Belgique, la règle énoncée à l'article 8.39.2 a) de l'AECG pourrait être discriminatoire parce qu'elle accorde un traitement plus favorable aux "entreprises établies localement" (telles que définies à l'article 8.1) qu'aux autres entreprises établies dans l'Union européenne.

217. Pour les raisons exposées ci-dessous, la Commission considère que ces deux questions sont inextricablement liées et doivent être traitées ensemble et que les articles 8.23.1 b) et 8.39.2 a) ne sont pas discriminatoires pour les mêmes raisons que le Chapitre 8 dans son ensemble.

3.3.1. Reformulation de la question soulevée par la Belgique

218. La règle procédurale énoncée à l'article 8.23.1 b) et son corollaire prévu à l'article 8.39.2 a) visent à faciliter l'exercice des droits stipulés en faveur des investisseurs de

l'autre partie et sont devenus une caractéristique habituelle des accords en matière de protection des investissements.¹⁶¹

219. On peut noter que les règles énoncées aux articles 8.39.2 a) et 8.23.1 b) opèrent de façon analogue aux règles stipulés dans de nombreux accords en matière de commerce de services et d'investissement auxquelles l'Union fait déjà partie, y compris l'accord général sur le commerce des services (AGCS). En effet, l'AGCS – qui est en fait le premier accord multilatéral concernant l'investissement¹⁶² – définit l'expression “personne morale d'un autre Membre” comme:¹⁶³

une personne morale:

- i) qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre et qui effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre; ou
- ii) dans le cas de la fourniture d'un service grâce à une présence commerciale, qui est détenue ou contrôlée:
 - 1. par des personnes physiques de ce Membre; ou
 - 2. par des personnes morales de ce Membre telles qu'elles sont identifiées à l'alinéa i);

¹⁶¹ L'article 8.23.1(b) de l'AECG s'inspire de l'article 25 de la Convention du CIRDI, lequel dispose en partie pertinente que

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant [...] et le ressortissant d'un autre État contractant [...].

(2) « Ressortissant d'un autre État contractant » signifie :

(a) [...]

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

¹⁶² L'AGCS couvre la "présence commerciale" par des fournisseurs de services, ce qui comprend tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme

- i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou
- ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service.

(Voyez l'article 1:2(c) et XXVIII(d) de l'AGCS.)

Ceci correspond donc à l'investissement par un fournisseur de services dans un établissement commercial ou professionnel dans un pays d'accueil afin de fournir des services.

¹⁶³ Article XXVIII(m) de l'AGCS

220. Le paragraphe (ii) fait référence à la "présence commerciale", qui correspond à l'établissement d'un investisseur. Quand cet établissement est contrôlé par une personne physique ou morale d'un autre État, il est considéré comme un fournisseur de services de cet État. Cet établissement bénéficie alors des droits prévus dans l'AGCS. Les autres accords bilatéraux de libre-échange de l'UE couvrant le commerce des services contiennent la même règle.¹⁶⁴
221. Le traitement différencié accordé par les articles 8.39.2 a) et 8.23.1 b) aux entreprises établies localement vise les mêmes objectifs que le traitement différencié accordé par l'ensemble des autres dispositions du Chapitre 8 aux investisseurs de l'autre Partie. Les entreprises établies localement sont un instrument utilisé par les investisseurs d'une partie afin de poursuivre une activité économique dans le territoire de l'autre partie. D'un point de vue économique, les entreprises établies localement sont une extension de l'investisseur étranger et, dès lors, il est justifié de les assimiler à l'investisseur étranger qui les détient ou contrôle.
222. En effet, il faut rappeler que les entreprises établies localement ne peuvent pas déposer des plaintes devant le Tribunal. L'article 8.23.1 (b) de l'AECG stipule clairement que *c'est l'investisseur d'une Partie* au nom d'une entreprise établie localement qu'il détient ou contrôle directement ou indirectement qui peut déposer la plainte. Pour les investisseurs du Canada, une entreprise établie localement dans l'UE est un investissement. Les dommages causés à une entreprise établie localement par un investisseur canadien sont des dommages causés à son investissement. Les articles 8.23.1 b) et 8.39.2 a) facilitent la protection des "investissements visés" par l'accord (une entreprise établie localement étant, en soi, "un investissement visé") et contribuent à l'objectif de protection et de facilitation des investissements de l'autre partie visé par le Chapitre 8. La question de discrimination est donc fondée sur la nationalité de l'investisseur et doit se focaliser sur la comparaison entre les investisseurs du Canada et les investisseurs de l'Union.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Voir, par exemple, l'article 8.2(c)(ii) de l'Accord de libre-échange avec Singapour.

¹⁶⁵ Bien sûr, une fois qu'un investisseur a créé un établissement dans un État membre, cet établissement peut bénéficier du droit de libre établissement dans l'article 49 TFUE. Néanmoins, cet investisseur canadien ne peut pas bénéficier de l'article 49 TFUE pour son établissement primaire dans l'UE.

223. Pour les raisons précédentes, la Commission estime que les règles procédurales énoncées aux articles 8.39.2 a) et 8.23.1 b) ne peuvent pas être considérées comme discriminatoires que dans la mesure où les règles matérielles sous-jacentes qui limitent la protection accordée par le Chapitre 8 aux investisseurs de l'autre Partie soient également discriminatoires.

224. Par conséquent, la question soulevée par le Royaume de Belgique devrait être examinée dans le cadre d'une question plus large, à savoir si le Chapitre 8 de l'AECG, dans son ensemble, discrimine les investisseurs de l'Union européenne, en raison de leur nationalité, par rapport aux investisseurs canadiens à l'égard de leurs investissements sur le territoire de l'Union européenne.

3.3.2. *Les règles de non-discrimination ne sont pas applicables*

225. La demande d'avis de la Belgique fait référence uniquement à la possible incompatibilité avec les principes d'égalité de traitement et non-discrimination consacrés aux articles 20 et 21 de la Charte.

226. Conformément à l'article 52(2) de la Charte, "les droits reconnus par la Charte qui font l'objet des dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci". A cet égard, il faut rappeler que l'article 18 TFUE interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité "dans le domaine de l'application des traités" "et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient". Il est bien établi toutefois que l'article 18 TFUE ne s'oppose pas à une réglementation qui exclut les ressortissants des États membres des bénéfices octroyés aux nationaux d'États tiers. La Cour a clarifié que "cette disposition concerne les situations relevant du champ d'application du droit communautaire dans lesquelles un ressortissant d'un État membre subit un traitement discriminatoire par rapport aux nationaux d'un autre État membre sur le seul fondement de sa nationalité et n'a pas vocation à s'appliquer dans le cas d'une éventuelle différence de traitement entre les ressortissants des États membres et ceux des États tiers".¹⁶⁶ Ainsi qu'il résulte de l'Article 52(2) de la Charte, la même appréciation vaut aussi pour l'article 21(2) de la Charte, qui interdit la discrimination en raison de la nationalité.

¹⁶⁶ Affaires C-22/08 et 23/08, Vatsouras, EU:C:2009:344, points 51-53.

227. En ce qui concerne l'article 21(1) de la Charte, la Commission est d'avis que cette disposition ne couvre pas des discriminations fondées sur la nationalité. En effet, à la différence de l'article 14 CEDH, cette disposition ne se réfère pas à "l'origine nationale" et les articles 15 (3) et 21 (2) de la Charte traitent spécifiquement des discriminations fondées sur la nationalité.

228. Des inégalités de traitement entre ressortissants des États membres et ressortissants d'un pays tiers relèvent donc uniquement de l'article 20 de la Charte. Cependant, la Cour a jugé qu'il n'existe pas en droit de l'Union de principe général obligeant l'Union, dans ses relations extérieures, à consentir à tous égards un traitement égal aux différents pays tiers et que, dès lors, n'est pas contraire au droit de l'Union une différence de traitement entre opérateurs économiques communautaires, pourvu que cette différence de traitement ne soit qu'une conséquence automatique des différents traitements accordés aux pays tiers avec lesquels ces opérateurs ont noué des relations commerciales.¹⁶⁷

229. Cette approche est motivée par la grande latitude de décision politique dont les institutions et organes de l'Union disposent, dans la conduite des relations extérieures, laquelle implique nécessairement des choix de nature politique que l'Union doit être en mesure de faire en opérant, en fonction des objectifs qu'elle poursuit, une distinction entre les pays tiers, sans être tenue d'accorder un traitement égal à tous ces pays.¹⁶⁸

230. La Cour a ainsi exclu du champ d'application du principe général d'égalité de traitement (prévu dans l'article 20 de la Charte) les différences de traitement entre opérateurs économiques communautaires en fonction des relations commerciales noués entre ces opérateurs et un pays tiers.¹⁶⁹

231. La Commission est d'avis que cette exclusion s'applique non seulement lorsque différentes opérateurs économiques de l'Union ont noué des relations commerciales avec différents pays tiers auxquels l'UE a accordé différents traitements mais également lorsque certains opérateurs économiques de l'Union ont noué des

¹⁶⁷ Affaire C-122/95, Allemagne/Conseil, EU:C:1998:94, points 56 et 59.

¹⁶⁸ Affaire C-272/15, Swiss International, EU:C:2016:993, points 23 et 24.

¹⁶⁹ Affaire C-272/15, Swiss International, EU:C:2016:993, point 30 ("inapplicabilité du principe d'égalité de traitement aux relations de l'Union avec des pays tiers").

relations commerciales avec un pays tiers (auquel l'UE a accordé un certain traitement, moyennant la conclusion d'un accord international) alors que d'autres opérateurs économiques de l'Union n'ont pas noué de relations commerciales avec ce pays tiers.

3.3.3. *Le Chapitre 8 de CETA n'est pas discriminatoire*

232. En tout cas, pour l'ensemble des raisons exposées ci-après, la Commission considère que les dispositions de l'AECG relatives à la protection des investissements, y compris les règles procédurales énoncées aux articles 8.39.2 a) et 8.23.1 b), ne sont pas discriminatoires et ne sont pas incompatibles avec les dispositions du Traité ou de la Charte précitées.
233. Premièrement, il convient de rappeler que la libéralisation des investissements étrangers directs entre l'Union et les pays tiers figure expressément parmi les objectifs de la politique commerciale commune de l'Union¹⁷⁰. De même, la libéralisation des investissements indirects entre l'Union et les pays tiers est l'un des objectifs poursuivis par les dispositions du TFUE sur les mouvements de capitaux¹⁷¹.
234. Deuxièmement, le fait qu'un accord de commerce et d'investissement comme l'AECG ne s'applique pas aux situations purement internes (telles que, par exemple, les investissements effectués par des investisseurs de l'Union sur le territoire de cette dernière) est une caractéristique inhérente à tous les accords fondés sur l'article 207 TFUE et ne peut être considéré, en soi, comme constitutif d'une discrimination. En effet, comme l'a précisé la Cour, tout accord commercial et d'investissement reposant sur l'article 207 TFUE doit «porte[r] spécifiquement» sur le commerce international et les investissements en ce sens qu'il est «essentiellement destiné à les promouvoir, à les faciliter ou à les régir» entre les parties à l'accord.¹⁷²

¹⁷⁰ Voir article 206 TFUE.

¹⁷¹ Avis 2/15, EU:C:2017:376, points 239 et 240.

¹⁷² Voir avis 2/15, EU:C:2017:376, points 36 et 94.

235. Troisièmement, les dispositions de l'AECG sur la protection des investissements (STI inclus) s'appliquent de la même manière à tous les investisseurs de l'UE, quel que soit leur État membre d'origine.¹⁷³
236. Quatrièmement, les dispositions de l'AECG sur la protection des investissements (STI inclus) s'appliquent sur une stricte base de réciprocité. S'il est vrai que les investisseurs de l'Union ne peuvent invoquer ces dispositions en ce qui concerne les investissements qu'ils réalisent dans l'Union européenne, il en va de même des investisseurs canadiens en ce qui concerne leurs investissements au Canada. Par conséquent, tout prétendu avantage dont bénéficieraient les investisseurs canadiens dans l'Union européenne par rapport aux investisseurs de l'Union serait compensé par les avantages équivalents octroyés aux investisseurs de l'Union au Canada par rapport aux investisseurs canadiens, et inversement.
237. Cinquièmement, les différentes normes matérielles de protection fixées dans l'AECG qui sont susceptibles d'être invoquées au titre du STI n'accordent pas aux investisseurs canadiens un traitement plus favorable, dans l'Union européenne, que celui qui est généralement réservé aux investisseurs de l'Union au titre du droit interne de l'Union ou de celui des États membres.
238. L'article 8.6 («Traitement national»), l'article 8.7 («Traitement de la nation la plus favorisée») et l'article 8.11 («Indemnisation des pertes») prévoient des normes de protection dites «relatives». En substance, ils interdisent aux parties de faire une discrimination entre leurs propres investisseurs et ceux de l'autre partie à l'accord, et/ou entre les investisseurs de l'autre partie et ceux de pays tiers. Aucune de ces normes «relatives» n'impose à l'Union européenne d'accorder aux investisseurs canadiens un traitement plus favorable que celui qui est réservé aux investisseurs européens dans l'Union européenne.
239. De même, la règle du «traitement juste et équitable» a été définie strictement à l'article 8.10, paragraphe 2, de l'AECG en énumérant de façon exhaustive les types de comportements susceptibles de constituer une violation de ce principe. Les types de comportements interdits sont manifestement injustes et inéquitable et, s'ils

¹⁷³ A la différence des TBI intra-UE, qui ne confèrent des droits qu'aux investisseurs de chacun des deux États membres qui sont parties au TBI à l'égard de leurs investissements dans le territoire de l'autre partie, à l'exclusion de tous les investissements faits par les investisseurs de tous les autres États membres sur les territoires des deux États membres parties au TBI.

étaient imputables à l'Union ou à un État membre appliquant le droit de l'Union, ils violeraient les principes généraux du droit de l'Union, y compris les droits fondamentaux.

240. De la même façon, l'article 8.12 («Expropriation») soumet l'exercice du droit de chacune des parties d'exproprier tout investissement visé effectué par des investisseurs de l'autre partie à certaines conditions visant à assurer une protection minimale aux investisseurs. Ces conditions sont analogues à celles prévues par l'article 17 de la Charte ainsi qu'à d'autres droits fondamentaux tels que les principes d'égalité et de non-discrimination (articles 20 et 21 de la Charte) ou le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (article 47 de la Charte)¹⁷⁴.

241. L'article 8.12 s'applique également aux expropriations dites «indirectes». Cette notion a néanmoins été précisément définie à l'annexe 8-A, de manière à exclure toute mesure qui poursuit un objectif légitime de politique publique, sauf dans les cas où une telle mesure serait forcément considérée comme manifestement disproportionnée au regard du droit de l'Union.

242. Enfin, l'article 8.13 («Transferts») correspond aux règles du TFUE sur les mouvements de capitaux (articles 63 à 66 TFUE), qui s'appliquent aussi aux mouvements de capitaux entre l'Union et les pays tiers.

243. L'instrument d'interprétation commun établi par l'Union européenne et le Canada au moment de la signature de l'AECG¹⁷⁵ confirme expressément et sans équivoque que l'intention des Parties est que "l'AECG ne conduira pas à accorder un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux".¹⁷⁶

¹⁷⁴ Voir avis 2/15, EU:C:2017:376, point 107, dans lequel la Cour a relevé qu'une disposition similaire contenue dans l'accord de libre-échange avec Singapour «entend uniquement encadrer d'éventuelles décisions de nationalisation ou d'expropriation par des limites visant à garantir aux investisseurs qu'une telle décision interviendra dans des conditions équitables et dans le respect des principes généraux et des droits fondamentaux, et notamment du principe de non-discrimination».

¹⁷⁵ L'Instrument interprétatif commun "expose clairement et sans ambiguïté, au sens de l'article 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ce sur quoi le Canada ainsi que l'Union européenne et ses États membres se sont entendus dans un certain nombre de dispositions de l'AECG qui ont fait l'objet de débats et préoccupations au sein de l'opinion publique". Instrument interprétatif commun, point 1 e).

¹⁷⁶ Instrument interprétatif commun, point 6 a).

244. Sixièmement, la mise en place, par l'AECG, d'un mécanisme spécifique (le STI) pour assurer le respect des normes matérielles de protection définies dans les dispositions de l'accord ne saurait être considérée comme discriminatoire du seul fait que les investisseurs nationaux n'ont pas accès audit mécanisme.
245. Selon une jurisprudence constante de la Cour, il ne résulte pas des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination que toute personne doit être traitée de la même manière. Au contraire, ces principes imposent «que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié»¹⁷⁷.
246. Pour les raisons exposées ci-après, les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux ne se trouvent pas dans des situations comparables¹⁷⁸ et, en tout état de cause, la différence de traitement liée à la mise en place du STI serait objectivement justifiée par le souci de faciliter et de promouvoir les investissements étrangers entre le Canada et l'Union européenne sur la base de la réciprocité, en conformité avec les objectifs de la politique commerciale commune de l'Union énoncés à l'article 206 TFUE et les dispositions relatives aux mouvements de capitaux de l'article 63 TFUE.
247. Comme il a été rappelé plus haut, l'AECG exclut l'«effet direct» de toutes ses dispositions, y compris celles relatives à la protection des investissements.¹⁷⁹ Il en découle que les diverses normes protectrices inscrites dans l'AECG au profit des investisseurs de l'Union ne peuvent pas être invoquées par ces investisseurs devant les juridictions canadiennes en vue de contester la validité d'une mesure interne, et inversement.¹⁸⁰ En conséquence, l'absence de STI signifierait que les investisseurs

¹⁷⁷ Affaire C-477/14, *Pillbox 38 (UK) Ltd/Secretary of State for Health*, EU:C:2016:324, point 35.

¹⁷⁸ Par contre, s'agissant des TBI intra-EU, les investisseurs des États membres qui ne sont parties au TBI sont dans une situation comparable, voire identique, à celle des investisseurs de chaque partie au TBI dans le territoire de l'autre partie.

¹⁷⁹ Contrairement aux dispositions des traités relatives au droit d'établissement et à la libre circulation des capitaux et aux dispositions connexes du droit dérivé applicables aux investissements entre États membres visés par les TBI intra-EU.

¹⁸⁰ Il faut remarquer que l'impossibilité pour les investisseurs de l'Union d'invoquer des normes de l'AECG devant les juridictions canadiennes découle aussi du fait que le Canada est un État dualiste en droit international. Pourtant, les dispositions de l'AECG ne font pas partie de l'ordre juridique canadien si elles n'ont pas été transposées en droit interne et, par conséquent, les tribunaux canadiens ne peuvent pas appliquer l'AECG.

étrangers seraient privés de tout moyen de faire respecter par eux-mêmes les normes protectrices de l'AECG dans l'éventualité où le pays d'accueil ne s'y serait pas conformé. Si le STI n'était pas prévu, la seule manière, pour un investisseur étranger, de se prévaloir de ces normes serait d'inviter ses autorités nationales à déclencher une procédure de règlement des différends entre États. En revanche, les normes de protection prévues par le droit interne de l'Union ou celui des États membres ont généralement un effet direct et peuvent donc être invoquées par les investisseurs de l'Union devant les juridictions internes de l'Union.

248. Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, le STI n'empêche pas les investisseurs étrangers de faire valoir les droits matériels dont ils jouissent en vertu du droit interne d'une partie devant les juridictions de cette partie. Il n'en résulte pas pour autant que les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux sont dans une situation comparable.

249. En premier lieu, il se peut que le droit interne de la partie concernée ne permette pas aux investisseurs étrangers de bénéficier des mêmes normes de protection que les investisseurs nationaux.¹⁸¹ Ainsi, le droit interne des partenaires de l'Union n'interdit généralement pas les discriminations à l'encontre des investisseurs étrangers du type de celles que prohibent les règles relatives au traitement national ou au traitement de la nation la plus favorisée, énoncées aux articles 8.6 et 8.7 de l'AECG.

250. En deuxième lieu, même si le droit interne de l'État d'accueil garantissait les mêmes normes de protection aux investisseurs tant étrangers que nationaux, ces normes pourraient ne pas être appropriées par rapport à celles dont peuvent se prévaloir les investisseurs tant nationaux qu'étrangers en vertu du droit interne de l'autre partie.

251. En troisième lieu, même si le droit interne de l'État d'accueil assurait l'égalité et le caractère approprié des normes matérielles de protection des investisseurs étrangers, les investisseurs de l'Union pourraient malgré tout nourrir des doutes légitimes quant aux garanties d'indépendance, d'impartialité et de professionnalisme que peuvent offrir les juridictions internes du pays d'accueil chargées de l'application de ces normes internes, par rapport à celles qu'offrent les juridictions de l'Union.

¹⁸¹ Encore une fois, à la différence des dispositions des traités relatives au droit d'établissement et à la libre circulation des capitaux et aux dispositions connexes du droit dérivé applicables aux investissements entre États membres visés par les TBI intra-EU.

252. Ainsi que la Cour l'a relevé, les dispositions relatives à la protection des investissements d'accords tels que l'AECG visent à assurer la «sécurité juridique» aux investisseurs étrangers afin de faciliter et de promouvoir les investissements étrangers.¹⁸² La simple perception – justifiée ou non – de l'absence de sécurité juridique est de nature à dissuader les investissements étrangers. De manière générale, ces derniers connaissent moins bien le système politique, la législation et la mécanique judiciaire du pays d'accueil que les investisseurs locaux. En conséquence, les investisseurs étrangers peuvent percevoir de manière très différente que les nationaux les risques que présentent des investissements dans ce pays d'accueil. En particulier, ils peuvent redouter que les juridictions de ce pays fassent preuve de déférence excessive à l'égard des autorités du pays d'accueil, voire de partialité pure et simple.

253. Dans l'Union européenne, le principe de la confiance mutuelle empêche les États membres de douter que le pouvoir judiciaire des autres États membres assure une protection juridictionnelle effective.¹⁸³ Aucun principe de confiance mutuelle du même ordre ne s'applique toutefois dans les rapports entre l'Union européenne et les pays tiers.

254. Afin de répondre aux préoccupations des investisseurs européens au Canada, il est bien entendu indispensable d'accorder la réciprocité aux investisseurs canadiens dans l'Union européenne. En effet, il se peut qu'à l'instar des investisseurs européens au Canada, les investisseurs canadiens dans l'Union européenne s'interrogent sur la capacité des juridictions de l'Union et des États Membres d'offrir suffisamment de garanties d'indépendance, d'impartialité et de professionnalisme. Même si de telles préoccupations sont injustifiées, l'existence du STI a également pour but de rassurer les investisseurs canadiens et, partant, de favoriser les investissements canadiens dans l'Union européenne.

3.4. Compatibilité du STI avec l'article 47 de la Charte

255. Avant d'aborder le fond des divers griefs invoqués par la Belgique, la Commission tient à souligner que la raison d'être du STI est de remédier aux insuffisances perçues dans le fonctionnement du système RDIE traditionnel, insuffisances qui se

¹⁸² Avis 2/15, EU:C:2017:376, point 94.

¹⁸³ Avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 168, et 191 à 194, et arrêt Allianz, C-185/07, EU:C:2009:69, point 30.

retrouvent dans la plupart des TBI auxquels sont parties les États membres, y compris ceux – plus de 90 au total – que la Belgique a négociés et conclus. À cet égard, c'est en particulier dans le domaine des garanties d'indépendance et d'impartialité, ainsi qu'au sujet du professionnalisme des membres des organes d'arbitrage traditionnels, que des critiques ont été formulées à l'encontre des systèmes en vigueur dans les TBI. Et c'est pour y répondre que, dans le cadre de l'AECG, un nouveau système a été mis en place. On ne peut donc manquer d'être surpris par certaines des allégations formulées par la Belgique dans sa demande d'avis, au regard de la compatibilité de l'AECG avec l'article 47 de la Charte, tant il est vrai que de telles allégations devraient surtout conduire la Belgique à s'interroger de prime abord sur la compatibilité de ses propres TBI avec les principes consacrés dans cette disposition. En effet, si la Cour devait conclure que l'AECG est incompatible avec l'article 47 de la Charte pour les motifs invoqués par la Belgique, il faudrait sans doute en conclure que les TBI des États membres sont encore davantage incompatibles avec de tels principes, dans la mesure où ils offrent de bien moindres garanties.

256. La Belgique soulève deux séries de questions relatives à l'article 47 de la Charte. La première série d'interrogations concerne l'accès à la justice (points 65 à 88 de la demande d'avis). La seconde porte sur le droit à un tribunal indépendant et impartial (points 89 à 195).

3.4.1. Les investisseurs jouissent pleinement de leur droit d'avoir accès aux juridictions ordinaires, qui au sein de l'Union européenne offrent toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité

257. La demande d'avis de la Belgique semble faire l'impasse sur l'un des aspects essentiels du système mis en place par l'AECG. Il ressort en effet très clairement des dispositions de l'accord que le mécanisme de règlement des différends institué en vertu de la Section F du Chapitre 8 n'interdit nullement d'exercer les voies de droit qui sont offertes par le droit national ou, le cas échéant, par le droit de l'Union européenne. Ainsi que cela a été déjà souligné dans les présentes observations, un investisseur continue de jouir pleinement du droit fondamental d'avoir accès à la justice, et ce, en pleine conformité avec l'article 47 de la Charte.

258. L'AECG ne met pas en place un système de compétence exclusive, qui contraindrait les investisseurs à se tourner systématiquement vers le STI. Il ne s'agit donc pas d'une situation comparable à celle d'une clause compromissoire obligeant les

contractants à avoir recours à l'arbitrage pour régler leurs différends. L'AECG sauvegarde pleinement la possibilité d'avoir recours aux voies de droit ordinaires, constituées par les cours et tribunaux des Hautes Parties contractantes, tout en permettant d'avoir recours au STI, c'est-à-dire, selon des règles procédurales que nous analyserons ultérieurement, le Tribunal et le Tribunal d'appel institués dans l'accord.

259. L'existence même de ce choix est d'une importance cardinale dès lors qu'il s'agit de s'interroger sur le respect du droit d'accès à la justice et du droit à un tribunal indépendant et impartial.

260. Saisie à maintes reprises de la question des rapports qu'il convient d'établir entre l'arbitrage et les garanties du procès équitable, la Cour EDH a développé une jurisprudence qui, du point de vue de la Commission, est parfaitement transposable à la situation présente.

261. C'est sous l'angle de la "renonciation" au droit à un procès équitable que la Cour de Strasbourg s'est intéressée à ce sujet. Tout d'abord, dans un arrêt *Deweer*¹⁸⁴, qui concernait les garanties applicables en matière pénale, la Cour EDH a pu rappeler que le droit à un tribunal n'est pas plus absolu en matière pénale qu'en matière civile, et qu'il est possible, en théorie, de renoncer à son droit à un examen de sa cause par un tribunal. La Cour EDH précise au point 49 de l'arrêt que *"dans le système juridique interne des États contractants pareille renonciation se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage, et au pénal sous celle, entre autres, des amendes de composition. Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention."*

262. Toutefois, dans le même arrêt, la Cour EDH souligne que le droit à un tribunal *"revêt une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire. En un domaine qui relève de l'ordre public des États membres du Conseil de l'Europe, une mesure ou solution dénoncée comme contraire à l'article 6 appelle un contrôle particulièrement attentif (...) Parmi les conditions à remplir*

¹⁸⁴ Cour EDH, *Deweer c. Belgique*, arrêt du 27 février 1980, requête 6903/75.

figure en tout cas l'absence de contrainte ; ainsi le veut un instrument international fondé sur les idées de prééminence du droit et de liberté"¹⁸⁵.

263. Apparaît ainsi un élément primordial de la jurisprudence de la Cour EDH : la liberté du choix opéré en faveur d'un règlement extra-judiciaire. La Cour EDH est revenue depuis lors à de multiples reprises sur cet aspect essentiel, essentiellement en matière civile, et en relation avec des procédures d'arbitrage. Ainsi, dans une décision d'irrecevabilité rendue dans l'affaire *Suovaniemi*¹⁸⁶, après avoir constaté que l'arbitrage était fondé sur un accord volontaire entre les parties, et qu'ainsi il existait une renonciation explicite à ce que la procédure se déroule devant une juridiction ordinaire, la Cour EDH affirme qu'il n'existe "*aucun doute qu'une renonciation volontaire (souligné par nous) à une procédure judiciaire en faveur de l'arbitrage est en principe acceptable du point de vue de l'article 6*"¹⁸⁷.

264. Dans un arrêt plus récent, *Suda*¹⁸⁸, la Cour EDH résume ainsi sa jurisprudence : "*La Cour rappelle que le droit d'accès à un tribunal – garantie qui découle de l'article 6 § 1 de la Convention – n'implique pas, en matière civile, l'obligation de saisir une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays; ainsi, un organe chargé de trancher un nombre restreint de litiges déterminés peut s'analyser en un tribunal à condition d'offrir les garanties voulues. L'article 6 ne s'oppose donc pas à la création de tribunaux arbitraux afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers. Rien n'empêche les justiciables de renoncer à leur droit à un tribunal en faveur d'un arbitrage, à condition qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque (souligné par nous). Le droit à un tribunal revêt en effet une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire. En un domaine qui relève de l'ordre public des États membres, une mesure ou solution dénoncée comme*

¹⁸⁵ En l'occurrence, M. Deweer avait payé une amende de composition pénale afin d'éviter un procès, mais aussi et surtout pour empêcher la fermeture de l'établissement commercial qu'il exploitait, ce qui a conduit la Cour à considérer qu'il n'avait pas opéré un choix libre, mais contraint par la menace de fermeture, en faveur de ce mode alternatif de résolution du litige.

¹⁸⁶ Cour EDH, *Osmo Suovaniemi et autres c. Finlande*, 23 février 1999, requête 31737/96

¹⁸⁷ La décision n'étant disponible qu'en langue anglaise, la traduction est fournie par les auteurs des présentes observations. Le texte original est le suivant : "*There is no doubt that a voluntary waiver of court proceedings in favour of arbitration is in principle acceptable from the point of view of Article 6*".

¹⁸⁸ Cour EDH, *Suda c. République tchèque*, 28 octobre 2010, requête 1643/06.

contraire à l'article 6 appelle un contrôle particulièrement attentif. Parmi les conditions à remplir figure en tout cas l'absence de contrainte; ainsi le veut un instrument international fondé sur les idées de prééminence du droit et de liberté” (point 48). *“Il y a par conséquent lieu de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. En principe, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'article 6 lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire consenti librement. En revanche, s'il s'agit d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit alors offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention”* (point 49).

265. Cette jurisprudence éclaire le STI d'une lumière bien différente de celle que la Belgique semble vouloir privilégier. Elle permet en effet de mettre en exergue l'existence d'un véritable choix, libre et non équivoque, opéré par les investisseurs.

266. En aucun cas, en effet, le STI ne peut être assimilé à un “arbitrage forcé”. Il s'agit d'un mode de règlement des différends envers lequel un investisseur opère un choix dépourvu de tout élément de contrainte.

267. Force est de constater que ce choix est opéré sur la base d'éléments clairs et précis, qui sont détaillés dans l'AECG. En choisissant le STI, l'investisseur sait dans le moindre détail à quel type de règlement des différends il s'engage. Ce choix est accompagné de plusieurs garanties procédurales. Il s'agit en effet d'un choix clair, formalisé par un consentement explicite, conformément à l'article 8.22, paragraphe 1, sous a), de l'AECG. Ce consentement doit aussi s'accompagner, simultanément, de l'abandon d'éventuelles procédures judiciaires en cours devant les juridictions ordinaires, ainsi que de la renonciation à de futures plaintes ou procédures devant ces mêmes juridictions ordinaires. Ces deux exigences conditionnent la recevabilité d'une plainte devant le STI, conformément à l'article 8.22, paragraphe 1, sous f) et g), de l'AECG. Elles encouragent par ailleurs l'investisseur à saisir en premier lieu les voies de recours internes avant de se tourner, le cas échéant, vers le STI. Il faut ajouter à cela que le désistement et la renonciation des points f) et g) précités s'appliquent non seulement à l'investisseur lui-même, mais aussi à l'entreprise qu'il détient ou contrôle et qui est concernée par le litige en cause. Nul ne peut ainsi être entraîné contre son gré dans le mode de règlement des différends mis en place par l'AECG.

268. En outre, il n'est pas inutile de souligner que la plainte, à proprement parler, devant le Tribunal institué par l'AECG, ne constitue jamais un acte de première intention ; elle ne peut produire ses effets, et donc engager l'investisseur dans la voie d'une éventuelle renonciation à son droit de saisir des juridictions ordinaires, qu'après une première phase, relativement longue, au cours de laquelle des consultations doivent avoir lieu avec l'autre partie au différend, dans les conditions prévues à l'article 8.19 de l'AECG. S'agissant d'un investisseur ayant un différend avec l'Union européenne ou l'un de ses États membres, la plainte doit également être précédée d'une autre phase préparatoire, qui consiste à déterminer le défendeur, conformément à l'article 8.21 de l'AECG.

269. Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'un investisseur décidant d'opter pour le mode de règlement des différends institué par l'AECG prendra une décision nécessairement éclairée et mûrement réfléchie, sur la base d'éléments précis et prévisibles. Il s'agit donc, pour reprendre la terminologie de la Cour EDH, d'une "renonciation libre, licite et sans équivoque", certainement pas forcée ou imposée par la loi.

270. Dès lors, il est inexact de sous-entendre, comme le fait la Belgique, qu'une entrave disproportionnée au droit d'accès à la justice pourrait résulter des dispositions de l'AECG relatives au STI. L'accès à la justice est parfaitement garanti à tous les investisseurs, qui peuvent librement choisir de saisir les juridictions ordinaires, de même qu'ils peuvent librement, en toute connaissance de cause, saisir les organes institués par l'AECG. Il n'existe dans ce texte aucune entrave susceptible d'interdire ou de décourager les investisseurs désireux de régler leurs différends selon les règles applicables aux systèmes judiciaires des parties à l'AECG. Le STI n'a pas vocation à se substituer à la justice ordinaire, il offre simplement une autre voie de règlement des différends, un système international additionnel de résolution des litiges qui ne contrevient en rien aux prescriptions de l'article 47 de la Charte.

271. Il est vrai qu'en l'absence d'effet direct de l'AECG, les investisseurs ne peuvent pas invoquer directement le droit au traitement juste et équitable prévu dans l'accord-même. Le choix qui leur est offert consiste donc, soit à entamer une affaire devant un tribunal national (ou de l'Union européenne), en invoquant le droit interne garantissant le traitement juste et équitable ; soit entamer un affaire devant le STI, invoquant le droit de l'AECG. L'article 47 de la Charte ne porte en aucune façon sur

la nécessité de prévoir l'effet direct des accords internationaux. En tout état de cause, la partie de l'AECG qui ne prévoirait pas le traitement juste et équitable dans son droit national serait en contravention avec les obligations internationales qu'elle a acceptées.

3.4.2. *L'accès à la justice n'est pas entravé*

272. À la lumière de l'ensemble des développements précédents, il apparaît clairement que les doutes exprimés par la Belgique au regard d'une éventuelle violation du droit d'accès à la justice par les dispositions de l'AECG relatives au STI doivent être écartés.
273. Au point 72 de la demande d'avis, la Belgique s'interroge sur la compatibilité entre, d'une part, les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'aide judiciaire, et, d'autre part, les dispositions de l'AECG relatives aux coûts des procédures, et plus particulièrement celles qui concernent les avances sur les dépens, la mise à la charge des frais de procédure à la partie qui succombe, et l'assistance juridique d'un avocat.
274. A l'appui de ses dires, la Belgique cite abondamment l'arrêt rendu par la Cour de Justice dans l'affaire *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*¹⁸⁹. Or, cet arrêt, qui a effectivement étendu le bénéfice potentiel des systèmes d'aide judiciaire aux personnes morales, ce que la Commission, non seulement ne conteste pas, mais soutenait elle-même dans ses observations à la Cour, ne peut s'appliquer directement au STI, pour les raisons évoquées précédemment.
275. Ainsi que la Cour l'affirme dans le dispositif de l'arrêt, il incombe de "*vérifier si les conditions d'octroi de l'aide judiciaire constituent une limitation du droit d'accès aux tribunaux qui porte atteinte à ce droit dans sa substance même, si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*". Or, ainsi que cela a été amplement démontré, la "substance même" du droit d'accès aux tribunaux ordinaires n'est en rien affectée par les dispositions de l'AECG, qui n'imposent nullement le recours au STI, et qui n'interdisent ni ne découragent les investisseurs à recourir aux tribunaux ordinaires. À l'inverse, l'AECG contient une série de dispositions de fond et de forme qui

¹⁸⁹ Cour de Justice, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contre Bundesrepublik Deutschland*, 22 décembre 2010, ECLI:EU:C:2010:811.

informent pleinement les investisseurs sur le STI, et qui leur donnent la possibilité de mener à cet égard une réflexion longue et approfondie.

276. Il n'est pas exclu que les coûts de procédure puissent, de prime abord, sembler plus élevés dans le STI que dans les systèmes judiciaires nationaux des États membres, en tout cas dans certains d'entre eux, car sur ce point la demande d'avis de la Belgique manque singulièrement d'éléments comparatifs. Toutefois, et en tout état de cause, ces coûts doivent s'apprécier au regard du caractère facultatif du STI. Dans l'affaire *DEB*, les questions préjudicielles posées à la Cour concernaient l'accès à des organes de l'État disposant d'une juridiction obligatoire. La société requérante, dans l'affaire *DEB*, n'avait pas d'autre choix que de saisir ces organes, et il était donc nécessaire de se demander si cette voie de droit, la seule et unique que la requérante pouvait suivre, n'était pas entravée de façon disproportionnée par le système d'aide judiciaire en vigueur en Allemagne. Il n'en va évidemment pas de même pour le STI, puisque celui-ci constitue, non une voie de recours obligatoire, mais un moyen alternatif de règlement des différends, ainsi que cela a été amplement démontré précédemment.

277. En conséquence, les exigences rappelées par la Cour de Justice dans l'affaire *DEB*, qui elles-mêmes se fondent sur la jurisprudence développée par la Cour EDH, ne sont pas transposables au STI.

278. En sus de ces considérations de nature juridique, qui en elles-mêmes suffisent à écarter les griefs soulevés par la Belgique, la Commission souhaite pouvoir rectifier quelques approximations qui figurent dans la demande d'avis, en ce qui concerne les coûts de procédure.

279. En premier lieu, il convient de noter qu'un nombre d'affirmations de la Belgique sont de nature purement spéculative. La Belgique relève elle-même, notamment aux points 73, 77 et 79 de sa demande d'avis, qu'il faudrait attendre l'éventuelle adoption de règles complémentaires par le Comité mixte mis en place par l'AECG à l'article 26.1 avant d'évaluer avec exactitude la charge financière que peuvent représenter pour une entreprise les coûts d'une procédure devant le STI. En d'autres termes, la Belgique évoque souvent des difficultés hypothétiques, qui pourraient survenir, ou au contraire être résolues, selon les orientations prises par les décisions du Comité mixte.

280. De même, en ce qui concerne les décisions qui seront prises par les organes du STI au sujet de la mise des dépens à la charge de la partie qui succombe, la Belgique s'interroge sur la façon dont certaines dispositions de l'AECG seront interprétées, plus particulièrement l'article 8.39, paragraphe 5. Dès lors, il apparaît que l'AECG n'est pas critiquable en soi, mais qu'il pourrait être interprété de façon trop restrictive et placer certains investisseurs dans des situations financières difficiles. La Commission estime là encore que l'argument est de nature spéculative et ne peut suffire à considérer qu'une disposition de l'AECG soulève une difficulté sérieuse au regard de sa compatibilité avec la Charte, dont le respect doit pouvoir s'apprécier au regard d'éléments tangibles.
281. La Commission souligne par ailleurs qu'il ne ressort nullement de la jurisprudence de la Cour EDH ou de la Cour de Justice que le principe selon lequel les frais et dépens sont mis à la charge de la partie qui succombe pourrait en tant que tel être contraire au droit d'accès à la justice. Cette règle est, à l'inverse, essentielle au principe de bonne administration de la justice, qui doit être protégée contre les plaintes abusives.
282. La Commission tient enfin à rappeler l'existence d'un ensemble de règles qui, dans l'AECG, ont pour but de réduire les coûts de procédure, surtout s'ils sont comparés avec ceux d'autres systèmes alternatifs de règlement des différends, comme les arbitrages commerciaux ou d'autres moyens traditionnels dont il est fait usage dans les accords existants. Une comparaison avec les coûts de procédure devant les juridictions ordinaires n'est en revanche pas très parlante, puisque précisément, et une fois encore, ces juridictions ordinaires demeurent disponibles et accessibles aux investisseurs. Parmi les mesures qui sont prises pour réduire les coûts de procédure dans le STI, il convient de mentionner la possibilité de nommer un seul membre du Tribunal (au lieu de trois) pour une affaire (article 8.27.9) ; le fait que le STI se compose d'un tribunal institué avec des membres qui reçoivent une rétribution mensuelle payée par l'Union européenne et le Canada, au lieu des arbitres *ad hoc* nommés après une procédure de sélection longue et coûteuse et payés entièrement par les parties au différend. L'article 8.29.5 de l'AECG prévoit par ailleurs que le Comité mixte doit concevoir des règles complémentaires destinées à réduire le fardeau financier pesant sur les demandeurs qui sont des personnes physiques ou des petites et moyennes entreprises.

3.4.3. *Les investisseurs bénéficient, avec le STI, d'un règlement d'un différend devant un organe indépendant et impartial*

283. La Commission a déjà exposé les raisons pour lesquelles il convient d'examiner la compatibilité de l'AECG avec l'article 47 de la Charte en gardant présent à l'esprit l'existence d'un choix libre et non équivoque de l'investisseur en faveur du STI, alors que les voies de droit ordinaires, devant les juridictions de l'État membre compétent ou devant les juridictions de l'Union européenne, lui sont ouvertes, et demeurent accessibles.

284. Il va de soi, cependant, que la renonciation, libre et non équivoque, à l'exercice du droit d'accès à un tribunal, ne signifie nullement que l'investisseur qui exerce ce choix accepte de se soumettre à un système arbitraire, contraire aux règles les plus élémentaires de l'État de droit. La Cour EDH a d'ailleurs toujours pris soin de préciser que la renonciation ne peut conduire à la soudaine disparition de l'ensemble des règles de droit garantissant la tenue d'un procès équitable devant un juge indépendant et impartial. Tant dans l'affaire *Suovaniemi* que dans l'affaire *Suda*, précitées, la Cour EDH a reconnu qu'elle devait se prononcer en fonction des droits et garanties auxquels les personnes entendent renoncer. En d'autres termes, la Cour EDH garde à l'esprit qu'un système "alternatif" de règlement des litiges doit présenter un "certain nombre" de garanties. Sans doute ne s'agit-il pas d'une juridiction ordinaire et obligatoire, soumise à la totalité des garanties de l'article 6 de la CEDH, dans la mesure où le choix pour le mode alternatif n'est pas forcé. Mais il s'agit néanmoins d'un organe chargé de trancher un différend portant sur des droits et obligations à caractère civil et commercial, et à ce titre, cet organe doit répondre à certaines exigences.

285. Dans l'arrêt *Suda*, en effet, la Cour EDH souligne que lorsque l'arbitrage est imposé par la loi, "*les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit alors offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention*" (point 49). A l'inverse, donc, lorsque le choix est "libre et non équivoque", comme c'est le cas dans le STI, le mode "alternatif" de règlement des différends peut présenter un certain nombre de spécificités, tout en conservant les garanties essentielles d'une justice équitable.

286. Dans le cas présent, la Commission entend démontrer que le STI présente des garanties essentielles qui vont au-delà de garanties qui seraient seulement

minimales, et qu'ainsi le STI est exempt des critiques formulées par la Belgique au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial. Ainsi que cela est exposé dans l'instrument interprétatif commun de l'AECG¹⁹⁰, l'ambition de ce texte est de tourner *“résolument le dos à l'approche traditionnelle du règlement des différends en matière d'investissements”* et d'instituer *“des tribunaux indépendants, impartiaux et permanents dans le domaine des investissements, inspirés des principes de systèmes judiciaires publics en place dans l'Union européenne et ses États membres ainsi qu'au Canada, ainsi que de juridictions internationales comme la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme.”*

287. Dans le domaine de l'indépendance et de l'impartialité, la Belgique présente un certain nombre de critiques et soulève plusieurs interrogations, qui portent en substance sur le statut et les fonctions des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel¹⁹¹ institués dans le cadre du STI, et plus particulièrement sur les aspects suivants : leur rémunération (points 92 à 119 de la demande d'avis), leur nomination (points 120 à 139), leur récusation (points 140 à 161), la gestion des conflits d'intérêts pouvant les concerner (points 162 à 180) et l'exercice par eux d'activités extérieures (points 181 à 195). Au préalable, la Commission entend faire un certain nombre d'observations sur le rôle et le fonctionnement du Comité mixte, auquel la demande d'avis fait plusieurs fois référence.

3.4.3.1. Observations sur le Comité mixte de l'AECG

288. À plusieurs reprises, la Belgique fait référence à des mesures ou décisions qui seront prises à l'avenir par le Comité mixte de l'AECG. Conformément à l'article 26.1 de l'AECG, il s'agit d'un organe paritaire composé de représentants de l'Union européenne et de représentants du Canada. Le Comité mixte de l'AECG a la responsabilité de toutes les questions concernant le commerce et l'investissement entre les Parties ainsi que de la mise en œuvre et de l'application du présent accord. Il exerce en particulier un certain nombre de responsabilités en ce qui concerne la mise en place et le fonctionnement du STI. Ses recommandations et ses décisions sont prises par consentement mutuel, conformément à l'article 26.3, paragraphe 3, de l'AECG.

¹⁹⁰ JO L 11 du 14 janvier 2017, pp.3 et suivantes.

¹⁹¹ L'analyse, ci-dessous, par la Commission des arguments concernant le Tribunal s'applique aussi aux arguments concernant le Tribunal d'appel.

289. La demande d'avis semble vouloir se focaliser sur la nature exécutive de cet organe, afin d'en tirer argument pour mettre en cause la légitimité de certaines de ces décisions, qui seraient vues comme autant d'ingérences dans le fonctionnement du STI, mettant ainsi en péril son indépendance et son impartialité.
290. En premier lieu, la Commission émet certains doutes sur la qualification retenue par la Belgique pour désigner le Comité mixte. Il n'est pas approprié de considérer que le Comité mixte serait un organe exécutif, comparable, par exemple, à une autorité ministérielle dans un État membre. Le simple fait que des ministres canadiens et des membres de la Commission y participent ne suffit pas à le qualifier de la sorte.
291. Du point de vue de la Commission, il est nettement plus important de s'intéresser au fonctionnement de cet organe, ainsi qu'à la façon dont l'Union déterminera les positions qu'elle exprimera en son sein.
292. Le Comité mixte est un organe bipartite et paritaire où les décisions prises devront faire l'objet d'un accord entre les Parties à l'AECG. Ni le Canada, d'une part, ni l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, ne seront en mesure d'imposer leurs vues à l'autre Partie. Elles devront toujours trouver un terrain d'entente. Ce fonctionnement "par consentement mutuel" est en soi une garantie très importante au regard des prétendues "ingérences" dans le fonctionnement du STI dont cet organe pourrait être tenu responsable. En effet, par leur nature même, les litiges soumis au STI opposeront un investisseur privé originaire d'une Partie à une entité étatique de l'autre Partie. Ainsi, par sa nature bipartite et paritaire, le Comité mixte ne sera jamais en mesure de favoriser les intérêts de l'un ou de l'autre. Il devra toujours trouver des solutions neutres, objectives, qui offrent à chacun des garanties équilibrées, car ces mesures devront pouvoir fonctionner, tant dans les litiges opposant des investisseurs privés originaires de l'Union européenne au Canada que dans les litiges reposant sur une situation inverse.
293. Les positions que l'Union défendra au sein du Comité mixte seront préparées dans le cadre de l'article 218, paragraphe 9 du TFUE, et seront donc adoptées par le Conseil, sur proposition de la Commission. Des telles décisions prises par le Conseil devront évidemment se conformer aux exigences du droit de l'Union, notamment celles découlant des traités et de la Charte des droits fondamentaux. Ces décisions seront en outre soumises au contrôle des juridictions de l'Union. Ainsi que la Cour de

Justice l'a souligné dans l'avis 1/00, la position défendue par l'Union dans un tel organe peut être soumise à la Cour par la voie des recours institués par le traité¹⁹².

3.4.3.2. Les membres du Tribunal sont rémunérés dans des conditions qui garantissent leur indépendance et leur impartialité

294. Les critiques formulées par la Belgique sur les conditions de rémunération des membres des organes établis dans le cadre du STI se fondent, soit sur une jurisprudence qui n'est pas pertinente, soit sur des textes qui ne désavouent en rien les règles mises en place à cet égard par l'AECG.
295. Le premier reproche qui est fait au mécanisme mis en place pour la rémunération des membres des organes établis dans le cadre du STI consiste à prétendre que ce mécanisme ne serait pas établi par la loi, mais dépendrait du pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif.
296. La jurisprudence qui est citée par la Belgique, à savoir le rapport adopté par la Commission européenne des droits de l'homme (Commission EDH) dans l'affaire *Zand*¹⁹³, et l'arrêt *Coëme* rendu par la Cour EDH¹⁹⁴, ne porte pas sur les questions relatives à la rémunération des juges. Ces deux affaires portent sur des situations dans lesquelles il était possible de douter de l'existence même d'une juridiction établie par la loi. Dans l'affaire *Zand*, le requérant reprochait à l'Autriche d'avoir mis en place des tribunaux compétents en matière de droit du travail par l'intermédiaire d'un simple décret ministériel. Dans l'affaire *Coëme*, le requérant, qui à l'époque des faits exerçait les fonctions de ministre, reprochait à la Cour de cassation belge de l'avoir jugé en matière correctionnelle, alors qu'il n'existait aucune loi prévoyant spécialement une telle compétence pour cette juridiction. Dans les deux cas, les organes de la CEDH ont rappelé que l'introduction du terme « établi par la loi » dans l'article 6 de la Convention a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif ou des autorités judiciaires, sans

¹⁹² Avis 1/00 de la Cour de Justice, 18 avril 2002, sur le projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers. ECLI:EU:C:2002:231. Voir paragraphe 39.

¹⁹³ Commission EDH, *Leo Zand c. Autriche*, 12 octobre 1978, requête 7360/76. Il s'agit d'une affaire traitée avant l'entrée en vigueur du protocole 11 à la CEDH, qui a supprimé la Commission européenne des droits de l'homme, jadis chargée de filtrer les affaires susceptibles d'être jugées par la Cour EDH, pour la fusionner avec cette Cour.

¹⁹⁴ Cour EDH, *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, requêtes 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96)

exclure cependant pas de leur reconnaître certains pouvoirs en la matière. En d'autres termes, une loi, au sens formel du terme, émanant du Parlement, doit fixer un cadre suffisamment précis pour ne pas laisser de place à une marge de manœuvre excessive au pouvoir exécutif ou au pouvoir judiciaire. Cependant, ce “cadre organisationnel”, pour reprendre les termes utilisés dans l'affaire *Zand*, ne signifie pas que la loi soit tenue de régler la procédure dans ses moindres détails. Il suffit, précisément, qu'elle fixe un cadre.

297. Dans l'affaire *Zand*, d'ailleurs, la Commission EDH a jugé qu'il était conforme aux exigences de la CEDH que la loi délègue au ministre le soin de créer des juridictions en matière de droit du travail, “en fonction des besoins”. Le pouvoir exécutif jouissait ensuite d'une marge de discrétion assez large concernant l'organisation de ces juridictions. Dans l'affaire *Coëme*, en revanche, la marge de manœuvre de la Cour de cassation belge a été jugée contraire à la CEDH. Mais il faut dire qu'en l'espèce, il n'y avait pas de loi du tout, la Cour de cassation ayant comblé seule le vide législatif.

298. La Commission estime que cette jurisprudence ne s'applique pas dans le cas présent. L'AECG, qui constitue la norme à laquelle il convient de se référer pour déterminer si le STI est bien “établi par la loi”, fixe un “cadre” infiniment plus précis que celui qu'esquissait la loi autrichienne dans l'affaire *Zand*. On imagine mal, dès lors, que l'on puisse reprocher au STI de ne pas être vraiment “établi”, au seul motif que l'éventuelle instauration d'un salaire régulier au bénéfice des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel est déléguée au Comité mixte de l'AECG.

299. A la vérité, les conditions de rémunération des membres du Tribunal sont déjà définies avec beaucoup de précision par les paragraphes 12 et 14 de l'article 8.27 de l'AECG. Mais, en fonction des évolutions potentielles du STI, il est prévu que ces mécanismes pourront évoluer vers un salaire régulier (particulièrement quand le nombre des affaires le justifiera), dont les modalités et conditions seront définies ultérieurement par le Comité mixte. Une telle délégation de pouvoir est parfaitement conforme aux prescriptions de l'article 6 de la CEDH, telle qu'interprétées par les organes de la CEDH dans les affaires précitées. Dès lors, aucune critique ne semble recevable sur ce point au regard des exigences de l'article 47 de la Charte.

300. La Belgique critique également la règle selon laquelle une partie de la rémunération des membres des organes établis dans le cadre du STI serait dépendante du nombre

d'affaires portées devant eux. Ici, ce n'est donc plus l'absence de salaire régulier qui est suspectée de porter atteinte à l'indépendance et l'impartialité des membres du Tribunal, mais au contraire la partie flexible de leur rétribution, celle-ci dépendant de leur activité réelle. À bien comprendre la demande d'avis, il faudrait se méfier du Comité mixte, qui en fixant – ou pas – un salaire régulier, exercerait une pression sur le Tribunal, et se méfier tout autant des membres de ce même Tribunal, dont la rémunération variable selon le nombre d'affaires constituerait indirectement une dépendance vis-à-vis des investisseurs, puisqu'ils seraient enclins à favoriser les intérêts de ces derniers, afin d'attirer vers eux plus de litiges.

301. Ce raisonnement appelle plusieurs observations de la part de la Commission. Tout d'abord, il y a lieu de souligner que les reproches formulés par la Belgique à l'égard de l'AECG sont une fois encore de nature spéculative. Aucun élément tangible ne vient soutenir le raisonnement, seules des hypothèses sont émises, lesquelles reposent sur des scénarii équivoques ou des interprétations indécises.

302. Ensuite, la Commission s'interroge sur la pertinence de l'interprétation que donne la Belgique de la jurisprudence de la Cour EDH qui est citée au point 112 de la demande d'avis. La Belgique s'appuie en effet sur les arrêts *Zoubko*¹⁹⁵ et *Volkov*¹⁹⁶ pour affirmer que les principes, lignes directrices ou avis contenus dans la Charte européenne sur le Statut des juges, dans les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou dans les rapports de la Commission de Venise ont tous une valeur contraignante, dans la mesure où la Cour EDH interprète l'article 6 de la CEDH à la lumière de ces règles. Ainsi, par l'effet d'un saut interprétatif que la Commission juge excessif, l'article 47 de la Charte devrait avoir les effets que lui donnent ces différents textes.

303. En premier lieu, l'article 52, paragraphe 3 de la Charte, qui établit les liens de correspondance entre cet instrument et la CEDH, ne vise pas à soumettre le droit de l'Union à l'ensemble des normes juridiques édictées par les organes du Conseil de l'Europe, en particulier celles qui prennent la forme d'avis ou de recommandations, à l'instar des textes mentionnés par la demande d'avis aux points 110 et 111. En outre, et contrairement à ce que laisse entendre la Belgique, la Cour EDH elle-même

¹⁹⁵ Cour EDH, *Zoubko et autres c. Ukraine*, 26 avril 2006, requêtes [3955/04](#), [5622/04](#), [8538/04](#) et [11418/04](#).

¹⁹⁶ Cour EDH, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, 9 janvier 2013, requête no [21722/11](#).

n'entend pas se soumettre à ces textes, ni leur donner systématiquement une valeur contraignante. Elle les mentionne, parmi les règles à prendre en considération, et peut sans nul doute y trouver des éléments permettant d'éclairer le sens qu'il convient de donner, dans une affaire particulière, à une disposition de la CEDH. Mais pour autant, à aucun moment la Cour EDH n'a édicté une règle d'interprétation générale qui aurait conféré à tous ces textes les effets que la demande d'avis semble vouloir leur attribuer.

304. À cet égard, il faut encore souligner qu'aucun des deux arrêts cités par la Belgique dans sa demande d'avis ne porte sur les dangers potentiels qu'une rémunération variable selon le nombre d'affaires traitées ferait courir pour l'indépendance et l'impartialité des juges. L'un (*Zoubko*) concerne les griefs soulevés par des magistrats contre le refus de l'État d'exécuter un jugement rendu en leur faveur ; l'autre (*Volkov*) porte sur des procédures disciplinaires engagées contre des juges. Il est dès lors difficile de tirer de ces deux arrêts un quelconque enseignement pour la compatibilité avec l'article 47 de la Charte du système de rémunération mis en place dans le cadre du STI.

305. Sur le fond, les instruments mentionnés par la Belgique émettent des critiques à l'égard des systèmes de rémunération qui dépendraient des "performances" des juges. Or, il convient de différencier la performance, élément subjectif, de l'activité, qui elle peut être objectivement mesurable, s'agissant de professionnels qui n'exercent pas leurs fonctions à plein temps. Les recommandations et avis mentionnés par la Belgique dans sa demande d'avis ne permettent pas de mettre en cause la validité des systèmes selon lesquels des juges employés à temps partiel sont rémunérés en fonction de leur travail effectif ; de même, on ne saurait voir dans ces textes une critique du système des juges *ad litem* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹⁹⁷, ou des juges *ad hoc*, qui peuvent remplacer, devant la Cour EDH, un juge qui se déporte dans une affaire particulière¹⁹⁸.

306. Selon la Commission, il n'est certainement pas contraire à l'article 47 de la Charte de rémunérer les membres du Tribunal institués par l'AECG en fonction du temps qu'ils consacrent véritablement à leurs fonctions. Aucune disposition de la Charte

¹⁹⁷ Voir les articles 13ter et 13 quater du Statut du TPIY.

¹⁹⁸ Voir l'article 26, paragraphe 4 de la CEDH.

ou de la CEDH n'interdit d'employer des juges à temps partiel et de les rétribuer à proportion du temps qu'ils consacrent à leurs fonctions.

307. Enfin, la Commission considère que la Belgique émet une opinion purement conjecturale en affirmant que les membres des organes du STI risquent de favoriser les intérêts des investisseurs, dans la mesure où cela leur permettrait d'attirer vers eux plus de litiges, donc plus de travail. Cet argument ne tient pas compte des éléments qui, dans l'AECG, assurent la neutralité et la pérennité du mode de règlement des différends. Ainsi, les membres des organes du STI seront choisis à l'avance (article 8.27, paragraphe 2) et percevront dès l'origine une rémunération fixe mensuelle (article 8.27, paragraphe 12). Il n'existe aucune raison objective de considérer qu'ils poursuivront, par les décisions, des intérêts financiers qui leur seraient personnels, sauf à vouloir transformer la théorie des apparences, dont la Cour EDH fait usage pour apprécier l'indépendance et l'impartialité, en théorie des conjectures.

308. Pour conclure sur ce point, la Commission rappelle que de simples préoccupations concernant l'indépendance et l'impartialité ne suffisent pas à établir un manquement à la CEDH ; il faut, comme le souligne souvent la Cour de Strasbourg, que les appréhensions de l'intéressé puissent passer pour être objectivement justifiées¹⁹⁹.

3.4.3.3. Le mode de désignation des membres du tribunal et du tribunal d'appel institués dans le cadre du STI garantit l'indépendance et l'impartialité de ces organes.

309. Sur cet aspect, la demande d'avis se fonde sur des instruments juridiques non contraignants : la Charte européenne sur le statut des juges, les avis du Conseil consultatif des juges européens, les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe et de la Commission de Venise. La Belgique convient d'ailleurs que certains des principes auxquels elle renvoie ne sont pas particulièrement "prescriptifs" (point 128 de la demande d'avis). Elle indique par ailleurs que la Cour EDH n'a fait application de ces principes que de "manière incidente" (point 130) dans l'arrêt *Volkov* précité. Il serait plus approprié, selon la Commission, de dire plus clairement que, dans l'affaire *Volkov*, la Cour EDH ne s'est tout simplement pas prononcée sur le mode de désignation des juges, mais sur la composition d'un organe disciplinaire des juges ukrainiens.

¹⁹⁹ Cour EDH, *Sacilor Lormines c. France*, 9 novembre 2006, requête 65411/01, paragraphe 63.

310. En ce qui concerne la nomination proprement dite des membres des organes composant le STI, la Belgique reproche à l'AECG de confier cette fonction au seul pouvoir exécutif, à savoir le Comité mixte. Sur ce dernier point, la Commission ne peut que réitérer les remarques qu'elle a déjà formulées sur la nature paritaire de ce Comité mixte et la façon dont l'Union européenne y participe, à savoir, sur la base d'une position définie par le Conseil. Il est donc inexact de considérer qu'ici la nomination des membres des organes du STI serait entièrement laissée à la discrétion du pouvoir exécutif.
311. De façon plus générale, la Commission ne discerne pas où pourrait résider un risque particulier de contrariété avec l'article 47 de la Charte dans le système de nomination imaginé par l'AECG. Les membres du Tribunal et du Tribunal d'appel sont choisis par l'organe bipartite paritaire mis en place par cette convention – le Comité mixte – en raison de qualités objectives, décrites avec précision par l'article 8.27, paragraphe 4 de l'AECG. La nomination ne dépend donc pas seulement d'une Partie à l'AECG, mais exige un accord entre ces Parties, ce qui permet d'exclure tout risque de partialité. En tout état de cause, les membres du Tribunal sont aussi tenus à de strictes exigences d'indépendance et d'impartialité, énumérées à l'article 8.30, paragraphe 1.
312. Par leur composition, ces organes échappent au risque de pencher en faveur de l'une ou de l'autre des parties à un différend. Par définition, de tels litiges opposeront, d'une part, des investisseurs privés, et, d'autre part, un État ou l'Union européenne. Plus précisément, il s'agira d'investisseurs canadiens opposés à un État membre ou à l'Union, ou encore des investisseurs européens opposés au Canada. Or, les organes du STI seront toujours composés de membres provenant de trois origines : le Canada, l'Union européenne, et des États tiers. Cette composition tripartite écarte *a priori* le risque d'une approche partisane.
313. La Commission souhaite par ailleurs faire remarquer que l'intervention d'organes politiques dans la désignation de juges internationaux n'est pas inconnue, et elle ne semble pas soulever de difficultés majeures au regard des principes généraux d'indépendance et d'impartialité. Ainsi, les juges de la Cour pénale internationale sont élus par l'Assemblée générale des États parties, sur la base de candidatures présentées par ces mêmes États parties²⁰⁰. Les juges de la Cour européenne des

²⁰⁰ Article 36 du Statut de la Cour pénale internationale.

droits de l'homme sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, sur la base de listes établies par les États parties²⁰¹. Les juges de la Cour internationale de Justice sont élus par l'Assemblée générale des Nations unies et par le Conseil de sécurité des Nations unies²⁰².

314. La Belgique se réfère quant à elle au mécanisme mis en place par le TFUE pour organiser la désignation des juges de la Cour de Justice et du Tribunal de l'Union européenne, et plus précisément au comité institué par l'article 255 du TFUE. À cet égard, la Commission tient à faire les observations suivantes. Tout d'abord, le comité de l'article 255 se rend que des avis sur les candidats à l'exercice des fonctions judiciaires ; le pouvoir de nomination reste entre les mains des gouvernements des États membres, conformément aux articles 253 et 254 du TFUE. Ensuite, contrairement à ce que pourrait laisser supposer la formulation retenue par la Belgique dans sa demande d'avis au point 139, le comité de l'article 255 n'est pas autorisé à proposer des candidats. Considérer, comme le fait la Belgique, que l'existence d'un tel pouvoir de proposition serait nécessaire à garantir l'indépendance et l'impartialité des organes judiciaires – ou assimilés – irait très au-delà de ce qui est prévu dans les textes en vigueur, tant au sein de l'Union européenne que dans d'autres organisations internationales.

315. Enfin, la Commission a l'intention de mettre en place un groupe d'experts, dont le rôle s'inspirera de celui du comité de l'article 255, afin de l'assister dans la procédure de sélection des membres des organes du STI qui seront proposés par l'Union européenne lorsque le comité mixte sera invité à prendre une décision à cet égard²⁰³. La Commission ne considère pas la mise en place de ce groupe comme une condition *sine qua non* des garanties d'indépendance et d'impartialité des membres des organes du STI, mais comme une contribution importante à la mise en œuvre d'une procédure de sélection des meilleurs candidats.

²⁰¹ Article 22 de la CEDH.

²⁰² Article 4 du Statut de la Cour internationale de Justice.

²⁰³ Voir, à cet égard, la lettre de la Commissaire Malmström : https://ec.europa.eu/carol/index-iframe.cfm?fuseaction=download&documentId=090166e5b027d9de&title=Signed_reply.pdf

3.4.3.4. La procédure de révocation d'un membre du tribunal ou du tribunal d'appel n'est pas contraire à l'indépendance et l'impartialité de ces organes.

316. Le reproche essentiel que forme la Belgique à l'encontre de l'AECG est que cet accord permettrait au Comité mixte de révoquer un membre des organes du STI, sans intervention préalable obligatoire desdits organes, et sans aucune garantie procédurale. La Belgique met en exergue, d'une part, la jurisprudence de la Cour EDH en matière de révocation, telle qu'elle ressort de l'arrêt *Baka*²⁰⁴, et, d'autre part, les règles en vigueur devant la Cour de Justice et la Cour EDH lorsqu'il est envisagé de mettre fin aux fonctions d'un juge (ou d'un avocat général en ce qui concerne la Cour de Justice).
317. En premier lieu, la Commission tient à souligner que la nature bipartite et paritaire du Comité mixte constitue une garantie efficace contre le risque d'une révocation qui serait motivée par le contenu des décisions rendues par tel ou tel membre du Tribunal ou du Tribunal d'appel. En effet, une décision qui, par exemple, serait jugée trop favorable aux investisseurs originaires du Canada, ne saurait avoir pour conséquence, comme semble le craindre la Belgique, la révocation du ou des membres du Tribunal qui en seraient tenus responsables, puisque, dans cet exemple, la partie canadienne du Comité mixte s'opposerait certainement à ce que la partie européenne ne fasse un tel usage du droit de révocation. Et réciproquement, les décisions jugées – à tort ou à raison – favorables aux intérêts des investisseurs privés – ou des entités étatiques – de l'Union n'entraîneront pas de réaction hostile, sous forme de révocation, de la part du Comité mixte, car la partie canadienne de cet organe ne pourra pas non plus imposer ses vues à la partie européenne.
318. Il existe donc, dans la composition même du Comité mixte, et dans sa prise de décision consensuelle, une garantie de neutralité qui protège contre tout usage abusif des révocations.
319. En outre, il n'est pas inutile de mentionner qu'une partie à un litige aura la possibilité, dans certaines conditions, d'interjeter appel contre une décision qui ne lui serait défavorable. Le double degré de juridiction est un moyen supplémentaire de garantir l'intégrité globale de la procédure, en évitant qu'un membre du Tribunal puisse avoir seul un rôle décisionnel majeur et définitif.

²⁰⁴ Cour EDH, *Baka c. Hongrie* (grande chambre), 23 juin 2016, requête [20261/12](#).

320. La Belgique estime en outre qu'un membre du Tribunal ou du Tribunal d'appel devrait, comme le peut un juge menacé de révocation, bénéficier de certaines garanties de fond et de forme. Elle se réfère à cet égard à l'arrêt par lequel la Cour EDH a jugé que la décision prise par la Hongrie de mettre fin aux fonctions de M. Baka, ancien président de la Cour suprême de cet État, était contraire à l'article 6 de la CEDH, dans la mesure où M. Baka n'avait disposé d'aucune garantie d'aucune sorte, ni préalablement à sa révocation, ni ensuite pour en contester le bien-fondé.
321. La Commission considère pour sa part que la position adoptée par la Cour EDH dans le litige concernant la destitution de M. Baka n'est pas ici transposable, car sa portée est d'une nature différente que celle que semble vouloir lui accorder la Belgique. Était en cause, dans cette affaire, l'accès à la justice dont aurait dû bénéficier M. Baka, en tant que justiciable, sujet de droit. Dans le cas du STI, ce ne sont pas les droits subjectifs des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel qu'il nous revient d'examiner à la lumière de l'article 47 de la Charte, mais les garanties offertes par ces organes vis-à-vis des investisseurs privés qui décident d'y avoir recours.
322. La Commission se permet à cet égard d'émettre de sérieux doutes sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux relations existant entre les membres des organes du STI et le Comité mixte, relations qui relèvent plutôt de règles de droit international d'une autre nature. En effet, les litiges susceptibles de survenir entre, d'une part, les personnes exerçant des fonctions au sein du STI, et, d'autre part, les organes responsables de leur nomination, et de la cessation de leur activité rémunérée, ne relèvent pas du droit de l'Union européenne.
323. La demande d'avis, sur ce point, entretient une certaine confusion entre les garanties d'indépendance et d'impartialité que doivent offrir les organes du STI à ceux qui en sont justiciables – en l'occurrence, les investisseurs privés – et le fonctionnement interne de ces mêmes organes. Certes, certaines dispositions afférentes à l'organisation interne du STI ont une importance cruciale au regard des garanties d'indépendance et d'impartialité, et relèvent en ce sens d'un examen au regard de la Charte : l'Union européenne, en concluant le CETA, et en mettant en place le STI, doit s'assurer que ce système répond aux exigences du procès équitable. Toutefois, d'autres dispositions n'affectent pas les garanties offertes aux justiciables, et relèvent seulement de l'organisation administrative interne du STI ; à ce titre, de

telles dispositions, comme celles qui concernent les droits du personnel du STI en cas de rupture d'un contrat de travail, ne tombent pas dans le champ d'application du droit de l'Union. Ce qui est en cause, dans le cas présent, c'est la protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union – c'est-à-dire par l'AECG – aux investisseurs privés, et non les garanties procédurales susceptibles d'encadrer l'exercice des droits éventuels des membres du STI.

324. L'indépendance et l'impartialité des organes du STI doivent ainsi s'apprécier au regard de la Charte dans la mesure où des investisseurs privés décident de leur soumettre des litiges, et c'est sous cet angle qu'il convient de répondre aux questions soulevées par la demande d'avis. La question essentielle à se poser est donc la suivante : la révocation d'un membre du Tribunal ou du Tribunal d'appel obéit-elle à des règles de fond et de forme qui protègent suffisamment les investisseurs privés d'un risque de pression contraire au respect de l'indépendance et de l'impartialité du STI ? De ce point de vue, et ainsi qu'elle a pu le développer précédemment, la Commission maintient que le Comité mixte, par sa composition bipartite et son mode de fonctionnement consensuel, offrent les garanties nécessaires aux investisseurs.

325. Par ailleurs, la Commission considère que l'AECG, tel qu'il sera complété par les règles qui doivent encore être adoptées, offre des garanties suffisantes aux membres des organes du STI qui feraient l'objet d'une demande de révocation.

326. L'AECG ne contient pas l'intégralité des dispositions régissant l'organisation et le fonctionnement du Tribunal et du Tribunal d'appel. Certaines règles seront adoptées ultérieurement, soit directement par le Comité mixte institué par l'article 26.1 de l'AECG, soit par le Comité des services et des investissements institué par l'article 26.2, paragraphe 1, sous b) de l'AECG, avec l'assentiment des Parties. Plus précisément, ainsi d'ailleurs que la Belgique le souligne dans sa demande d'avis, au point 175, le Comité des services et des investissements est chargé de préparer un code de conduite pour les membres du Tribunal, conformément à l'article 8.44, paragraphe 2 de l'AECG. Ce code contiendra notamment des règles plus précises relatives à l'indépendance et l'impartialité des membres du Tribunal. Outre que ces règles permettront de compléter les règles d'éthique déjà décrites à l'article 8.30, paragraphe 1 – point sur lequel on reviendra ultérieurement – elles auront aussi pour

but de détailler les règles procédurales applicables en cas de demande de révocation d'un membre du Tribunal ou du Tribunal d'appel.

327. Il convient à cet égard de préciser que le Comité des services et des investissements, par sa composition et son mode de fonctionnement, offre les mêmes garanties que le Comité mixte.
328. Les textes qui viendront mettre en œuvre les règles et principes définis par l'AECG permettront à la personne mise en cause et menacée de destitution de bénéficier du droit de défendre sa cause en présentant ses observations. D'une façon générale, il y a lieu de rappeler que l'Union européenne ne donnera son accord aux règles complémentaires préparées par le Comité mixte ou le Comité des services et des investissements, que pour autant que ces règles répondent de façon adéquate aux exigences découlant des principes généraux du droit de l'Union, tel que le droit d'être entendu.
329. En ce qui concerne les motifs permettant de procéder à la révocation d'un juge, l'AECG satisfait pleinement à l'exigence de clarté et de prévisibilité. L'article 8.30, paragraphe 1 de l'AECG décrit de façon précise un certain nombre de règles garantissant un haut niveau d'indépendance et d'impartialité, qui seront complétées par le code précédemment mentionné. C'est à ces obligations que renvoie l'article 8.30, paragraphe 4, pour exposer les raisons justifiant une décision de révocation.
330. Il reste à clarifier les rôles respectifs du Tribunal et du Comité mixte dans la procédure de récusation. Selon la Belgique, une procédure qui serait entièrement entre les mains du Comité mixte – c'est-à-dire, de son point de vue, entre les mains du pouvoir exécutif – contreviendrait aux prescriptions de l'article 47 de la Charte, car une telle procédure ne permettrait pas de protéger les organes indépendants institués par l'AECG contre les risques de pression du pouvoir exécutif. La Commission ne partage pas ce point de vue.
331. Tout d'abord, il n'est pas inutile de rappeler encore une fois qu'une décision de révocation prise par le Comité mixte devra recueillir l'assentiment des représentants des deux Parties à l'AECG. Cela exclut que l'on puisse imaginer des situations où un investisseur européen parviendrait à écarter indûment un membre du Tribunal, grâce au soutien des représentants de l'Union européenne au sein du Comité mixte : il faudra, en tout état de cause, convaincre les représentants canadiens au sein de cet

organe de la légitimité objective de la mesure de révocation. Cette forme de “parité politique” prémunit le mécanisme mis en place contre les risques de mesures de rétorsion contre des membres du Tribunal jugés trop favorables à l'une ou l'autre des Parties à l'AECG. À cet égard, et ainsi que cela a déjà été souligné, la procédure d'appel offre une garantie supplémentaire.

332. Ensuite, ainsi que cela a été souligné précédemment, l'article 8.30, paragraphe 4 sera complété, notamment par les dispositions du code d'éthique mentionné à l'article 8.44, paragraphe 2 de l'AECG. Dans le cadre de leur obligation générale de respecter et promouvoir la Charte des droits fondamentaux, telle qu'elle résulte de l'article 51 de la Charte, les institutions de l'Union européenne s'assureront que ces règles complémentaires organiseront une procédure de révocation conforme aux exigences qui en découlent.

3.4.3.5. Les règles d'éthique applicables aux membres du Tribunal et du Tribunal d'appel ne contreviennent pas à la Charte des droits fondamentaux

333. La critique que formule la Belgique à l'encontre de l'article 8.30, paragraphe 1 de l'AECG porte aussi bien sur la référence que fait cette disposition aux lignes directrices de l'Association internationale du barreau que sur le renvoi au futur code que doit élaborer le Comité des services et de l'investissement. Ce double reproche se fonde en réalité sur un grief unique : selon la Belgique, c'est aux membres du Tribunal – et du Tribunal d'appel – que devrait échoir la responsabilité d'élaborer leurs propres règles d'éthique, et non à l'Association internationale du barreau d'imposer ses règles déontologiques, ou au Comité des services et des investissements d'adopter d'autres normes complémentaires.

334. Aucune jurisprudence n'est citée au soutien de l'affirmation selon laquelle les exigences d'indépendance et d'impartialité impliqueraient nécessairement qu'il appartiendrait aux autorités judiciaires de concevoir elles-mêmes les règles d'éthique auxquelles elles devraient se soumettre.

335. La Commission ne discerne aucun lien d'aucune sorte entre la forme d'autogestion déontologique que la Belgique semble appeler de ses vœux et le respect de l'article 47 de la Charte. Le fait que des juges ne soient pas appelés à contribuer à l'élaboration, voire à élaborer eux-mêmes des règles d'éthique les concernant ne constitue nullement une atteinte à leur indépendance.

336. A l'inverse, la Commission tient à rappeler que dans l'arrêt *Coëme*, cité dans la demande d'avis dans un autre contexte, la Cour EDH souligne que "*dans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne saurait pas davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière*"²⁰⁵. Ainsi, laisser aux autorités judiciaires une trop grande latitude dans l'élaboration des normes applicables peut soulever des difficultés au regard du respect de l'article 6 de la CEDH – et de l'article 47 de la Charte.

337. Dès lors, en se référant à des règles existantes, élaborées par l'Association internationale du barreau, ou en renvoyant à des règles futures, dont la rédaction est confiée au Comité des services et des investissements, sans prévoir de faire participer les membres du Tribunal et du Tribunal d'appel à ce travail normatif, l'AECG ne contrevient nullement aux exigences d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 47 de la Charte.

3.4.3.6. Les règles relatives aux conflits d'intérêt sont pleinement conformes aux prescriptions de la Charte

338. La Belgique décèle une lacune dans les règles relatives aux conflits d'intérêts pouvant affecter les membres du Tribunal et du Tribunal d'appel, telles qu'elles résultent de l'AECG. Cette lacune résiderait, selon la demande d'avis, dans l'absence de règles relatives à la déclaration ou l'autorisation d'activités supplémentaires. Sur ce point, la Belgique se réfère à la Charte européenne sur le statut des juges, mais aussi au Statut de la Cour de Justice (article 4, deuxième alinéa), et au règlement de la Cour EDH (article 4, paragraphe 1).

339. A cet égard, la Commission souhaite tout d'abord rappeler, comme elle l'a déjà fait au sujet des règles relatives à la révocation des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel, que les dispositions de l'AECG en matière d'indépendance et d'impartialité sont susceptibles de pouvoir être complétées. La critique de la Belgique est donc, de ce point de vue, prématurée, en ce qu'elle préjuge du contenu des dispositions qui figureront en particulier dans le code d'éthique mentionné à l'article 8.44, paragraphe 2 de l'AECG.

²⁰⁵ Cour EDH, *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, requêtes 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96), paragraphe 98.

340. Ensuite, il y a lieu de relever que les règles concernant ce qu'il est convenu d'appeler les "activités extérieures" dépendent très largement de la nature des fonctions judiciaires exercées. Elles se conçoivent différemment, en effet, selon que les juges en question sont permanents, ou seulement employés pour certaines affaires. A l'évidence, les règles auxquelles se réfère la Belgique ont été conçues pour des juges qui, par définition, ne peuvent et ne doivent exercer aucune autre activité professionnelle, car ils sont juges à temps plein. Tel n'est pas le cas des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel, en tout cas dans sa configuration actuelle, car en fonction du volume d'affaires à traiter, une évolution vers des fonctions exercées à temps plein n'est pas à exclure, en particulier si le Comité mixte, pour ces mêmes raisons, décide de verser un salaire régulier aux membres du Tribunal, conformément à l'article 8.27, paragraphe 15.
341. Enfin, et en tout état de cause, la Commission considère que les dispositions de l'article 8.30 de l'AECG offrent des garanties suffisantes pour éviter les risques de conflits d'intérêts, et permettent ainsi au STI de se prémunir contre d'éventuelles atteintes à l'impartialité de ses membres. En effet, le paragraphe 2 de l'article 8.30 offre la possibilité à une partie à un différend de contester la participation d'un membre du Tribunal à la résolution de ce différend. Cette contestation est portée devant un organe extérieur, parfaitement indépendant, puisqu'il s'agit du président de la Cour internationale de Justice. Cette garantie procédurale offre une protection efficace contre tout risque d'atteinte à l'impartialité du STI. Elle permet aux parties à un différend de vaincre les appréhensions qu'elles pourraient ressentir à l'égard d'un membre du Tribunal, en transformant leurs doutes en action en contestation devant le président de la Cour internationale de Justice.
342. A cet égard, la Commission entend souligner dans l'affaire *Suovaniemi*, précitée²⁰⁶, la Cour EDH avait accordé une importance toute particulière au fait que le requérant avait non seulement accepté de son plein gré de se soumettre à une procédure d'arbitrage, mais encore avait aussi renoncé à contester l'impartialité de l'un des arbitres envers lequel des doutes pouvait exister, alors précisément que ce droit de contestation lui était reconnu. L'existence de cette faculté de mettre en cause l'impartialité d'un arbitre avait été dûment prise en considération par la Cour EDH

²⁰⁶ Cour EDH, *Osmo Suovaniemi et autres c. Finlande*, 23 février 1999, requête 31737/96.

lorsqu'elle a décidé de considérer que la procédure en cause n'avait pas enfreint l'article 6 de la CEDH.

343. En conséquence, la Commission considère que les règles mises en place par l'AECG pour prévenir les conflits d'intérêts sont suffisantes pour assurer l'indépendance et l'impartialité du Tribunal et du Tribunal d'appel.

4. CONCLUSION

344. Pour les raisons exposées dans ces observations, la Commission est d'avis que la section F du Chapitre 8 de l'accord de l'AECG est compatible avec les traités.

Ulrich WÖLKER

Antoine BUCHET



Bart DE MEESTER



Ramon VIDAL PUIG