

CIGI – document n° 212 – mars 2019

# Canada et Vietnam dans la foulée des réformes de l'Union européenne : défis de l'instauration de systèmes juridictionnels des investissements et voie vers un tribunal multilatéral

Céline Lévesque





CIGI – document n° 212 – mars 2019

# Canada et Vietnam dans la foulée des réformes de l'Union européenne : défis de l'instauration de systèmes juridictionnels des investissements et voie vers un tribunal multilatéral

Céline Lévesque

---

## L'équipe du CIGI

### Haute direction

Président : **Rohinton P. Medhora**

Directeur adjoint, Droit international de la propriété intellectuelle et innovation : **Bassem Awad**

Directrice, Finances : **Shelley Boettger**

Directeur, programme Économie mondiale : **Robert Fay**

Directrice, programme Recherche en droit international : **Oonagh Fitzgerald**

Directeur, programme Sécurité et politiques internationales : **Fen Osler Hampson**

Directrice, Ressources humaines : **Laura Kacur**

Directrice adjointe, Droit international de l'environnement : **Silvia Maciunas**

Directeur adjoint, Droit international économique : **Hugo Perezcano Diaz**

Directrice, Évaluation et partenariats : **Erica Shaw**

Administrateur général et avocat général : **Aaron Shull**

Directeur, Communications et médias numériques : **Spencer Tripp**

### Publications

Directrice des publications : **Carol Bonnett**

Éditrice principale : **Jennifer Goyder**

Éditrice principale : **Nicole Langlois**

Éditrice : **Susan Bubak**

Éditrice : **Patricia Holmes**

Éditrice : **Lynn Schellenberg**

Graphiste : **Melodie Wakefield**

Pour toute demande au sujet des publications, écrivez-nous à : [publications@cigionline.org](mailto:publications@cigionline.org).

### Communications

Pour toute demande de renseignements de la part des médias : [communications@cigionline.org](mailto:communications@cigionline.org).

🐦 @cigionline

© Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, 2019

Les opinions exprimées dans le présent document n'engagent que l'auteur et ne traduisent pas nécessairement celles du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale ni de ses administrateurs.



Le contenu de la présente publication est protégé en vertu d'une licence de Creative Commons—Attribution—Pas d'utilisation commerciale—Pas de modification. Pour accéder à cette licence, visitez le site : [www.creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/](http://www.creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/). En cas de réutilisation ou de distribution, veuillez inclure le présent avis de droit d'auteur.

Imprimé au Canada sur du papier contenant 10 % de fibres recyclées après consommation et certifié selon les normes de l'organisme Forest Stewardship Council et du programme Sustainable Forestry Initiative.

« Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale » et « CIGI » sont des marques de commerce déposées.

---

## Centre for International Governance Innovation

67 Erb Street West  
Waterloo, ON, Canada N2L 6C2  
[www.cigionline.org](http://www.cigionline.org)

---

## Table des matières

vi	À propos de l'auteur
vii	Au sujet du Programme de recherche en droit international
1	Sommaire
1	Introduction
3	La transition incertaine des SJI bilatéraux à un tribunal multilatéral des investissements
7	Les changements de paradigme requis pour la transition vers une juridiction multilatérale
13	Conclusion
14	À propos du CIGI
14	About CIGI

---

## À propos de l’auteure

**Céline Lévesque** est chercheuse principale au CIGI ainsi que professeure titulaire et doyenne à la Faculté de droit, Section de droit civil, de l’Université d’Ottawa (2014-2019). C’est une spécialiste du droit international des investissements.

La professeure Lévesque agit actuellement à titre d’arbitre dans une affaire traitée sous le régime du chapitre 11 de l’ALENA et a été intégrée en 2018 à la liste des membres des groupes spéciaux créés en vertu du chapitre 19 de l’ALÉNA.

En 2008-2009, elle a occupé le poste d’universitaire en résidence au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international à Ottawa. Au sein de la Direction générale du droit commercial international, elle a défendu des affaires traitées en vertu du chapitre 11 de l’ALENA et a participé à la négociation de traités bilatéraux portant sur l’investissement.

En début de carrière, de 1995 à 1998, Céline Lévesque a travaillé à la Banque mondiale, à Washington, DC, au sein d’un groupe spécialisé dans la participation du secteur privé aux infrastructures des pays en développement. Elle a participé à des projets liés à l’eau et à l’énergie, notamment en Afrique de l’Ouest, ainsi qu’à des missions en Côte d’Ivoire, en Guinée (Conakry), en Mauritanie et au Sénégal.

---

# Au sujet du Programme de recherche en droit international

Le Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) vise la réalisation d'études pluridisciplinaires intégrées et donne aux chefs de file de la recherche universitaire et de l'expertise juridique privée, ainsi qu'aux étudiants de premier plan du Canada et de l'étranger, la possibilité de contribuer à l'évolution du droit international.

Le PRDI se veut un modèle dans le domaine de la recherche internationale en droit, et son influence dans des dossiers internationaux importants est reconnue. Ce programme s'assortit d'une mission qui consiste à relier les connaissances, les politiques et la pratique afin de tabler sur le cadre juridique international — les règles de droit mondialisées — pour appuyer la gouvernance internationale de l'avenir. Il repose sur la prémisse suivant laquelle l'amélioration de cette gouvernance, notamment grâce à un cadre juridique international renforcé, peut améliorer la vie des gens partout sur la planète en assurant une prospérité accrue, une meilleure durabilité, le règlement des inégalités, la protection des droits de la personne et un monde plus sûr.

Le PRDI se centre sur les volets du droit international qui revêtent le plus d'importance pour l'innovation, la prospérité et la durabilité à l'échelle planétaire. Il s'agit du droit économique international, du droit international de la propriété intellectuelle et du droit international de l'environnement. Dans le cadre des recherches menées sous les auspices du PRDI, une attention particulière est portée aux interactions émergentes entre le droit transnational, le droit autochtone et le droit constitutionnel.



---

## Sommaire

Depuis quelques années, la Commission européenne promeut la « judiciarisation » des procédures conventionnelles de règlement des différends entre investisseurs et États, aux dépens de l'arbitrage traditionnel ad hoc (ou ISDS, selon l'acronyme anglais). La première étape de la réforme afférente verrait la création de systèmes juridictionnels des investissements (SJI) bilatéraux, qui seraient éventuellement remplacés par un tribunal multilatéral des investissements. Le Canada et le Vietnam, dans leurs accords économiques respectifs avec l'Union européenne (UE), sont les deux premiers pays à avoir accepté le nouveau SJI bilatéral, qui prévoit la mise sur pied de tribunaux de première instance et d'appel dont les membres seront nommés par les États parties, pour des mandats de durée fixe.

La première partie du présent texte traite des défis découlant de la mise en œuvre complexe des SJI au sein de l'UE. Ensuite, on analyse les défis posés par la transition des SJI bilatéraux à une juridiction multilatérale ainsi que par la multiplication des SJI. Dans la deuxième partie, il est question des changements de paradigme requis par la transition vers une juridiction véritablement multilatérale, notamment en ce qui concerne la réduction du rôle joué par la nationalité dans la nomination des membres (ou juges) et leur affectation à des affaires, ainsi que l'augmentation de la durée de leur mandat. Dans ces deux cas, cependant, la recherche de l'indépendance du tribunal ne doit pas se faire au détriment du besoin de représentativité des États parties.

---

## Introduction

Au cours des dernières années, le Vietnam et le Canada ont consenti, dans leurs négociations respectives d'accords économiques avec l'UE, à l'adoption du nouveau modèle de règlement des différends entre investisseurs et États prôné par l'Union. Dans un premier temps, des tribunaux de première instance et d'appel seraient formés de façon bilatérale, selon un modèle plus « judiciarisé » que le modèle d'arbitrage dominant

à l'heure actuelle<sup>1</sup>. Toutefois, cette étape serait de nature transitoire, car les parties se sont engagées à travailler de concert afin de remplacer les SJI ainsi créés par un tribunal multilatéral des investissements. Des discussions en ce sens ont d'ailleurs été entreprises entre plusieurs gouvernements et diverses parties prenantes<sup>2</sup>.

Nombreuses sont les embûches à la réalisation de la première étape bilatérale. En ce qui a trait à l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE (AECG), bien qu'il ait été signé in extremis le 30 octobre 2016<sup>3</sup>, la mise en œuvre du nouveau SJI est soumise à l'approbation des parlements nationaux et régionaux des membres de l'UE. Pour ce qui est de l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Vietnam (EVFTA, selon le sigle anglais), qui avait été conclu en décembre 2015, il a récemment été amputé de ses dispositions relative aux investissements et au règlement des différends les concernant. Les deux nouveaux accords ont été rendus publics le 24 septembre 2018<sup>4</sup>. Le SJI prévu par le nouvel accord portant sur l'investissement devra à terme être soumis pour approbation aux parlements nationaux et régionaux des membres de l'UE.

La transition d'une étape à l'autre n'est pas plus certaine. L'accent mis par l'UE sur le

- 
- 1 Voir la proposition de l'UE aux États-Unis datant de novembre 2015 : CE, « Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in services, investment and e-commerce » (12 novembre 2015), en ligne : <[trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf)> [proposition de TTIP].
  - 2 Depuis 2016, la Commission européenne et le Canada ont mené des discussions, surtout informelles, sur le sujet; mais depuis juillet 2017, le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a été chargé d'étudier les possibilités de réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, « 2017 à ce jour : Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États » (2018), CNUDCI, en ligne : <[www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/3Investor\\_State.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/3Investor_State.html)>.
  - 3 Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union Européenne et ses États membres, d'autre part, voir « Texte de l'Accord économique et commercial global – Table des matières » (30 octobre 2016), Gouvernement du Canada, en ligne : <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)> [AECG].
  - 4 *EU-Vietnam Trade Agreement (EVTA) et EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EVIPA)*, textes authentiques datés d'août 2018, voir Commission européenne (CE), *EU-Vietnam trade and investment agreements (authentic text as of August 2018)*, Bruxelles, CE, 24 septembre 2018, en ligne : <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>> [EVIPA]. La comparaison des textes publiés en 2016 et en 2018 montre que les Parties n'ont pas modifié les dimensions fondamentales du SJI. Le texte daté du 1<sup>er</sup> février 2016 est disponible sur demande auprès de l'auteur.

caractère judiciaire, indépendant et permanent des SJI bilatéraux cadre mal avec l'objectif de remplacement rapide de ceux-ci par un tribunal multilatéral. Par ailleurs, la multiplication des SJI bilatéraux pose des défis considérables sur le plan de la cohérence, mais entraîne aussi des coûts et de la gestion des affaires pour l'UE.

Qui plus est, la transition des SJI vers un tribunal multilatéral des investissements nécessite des changements de paradigme, notamment quant au rôle joué par la nationalité dans la nomination des membres (ou juges) et leur affectation à des affaires, et quant à la durée de leur mandat. Alors que la nationalité est à l'avant-plan de la structure et du fonctionnement des SJI proposés par l'UE, son rôle sera appelé à diminuer afin qu'on en arrive à une juridiction véritablement multilatérale et indépendante. De la même manière, les mandats relativement courts et renouvelables des membres des SJI retenus dans les accords conclus par l'UE avec le Canada et le Vietnam, respectivement, devraient être écartés au profit de mandats plus longs et non renouvelables visant à offrir davantage de sécurité et d'indépendance aux juges du tribunal multilatéral. Dans les deux cas, l'objectif d'une plus grande indépendance ne doit pas être réalisé au détriment de celui de la représentativité, qu'il est également nécessaire d'atteindre pour assurer le succès d'une juridiction multilatérale.

Ce texte vise à explorer les défis communs auxquels font face le Canada et le Vietnam dans leurs relations avec l'Union européenne en matière de règlement des différends liés aux investissements ainsi que, de manière plus générale, à analyser les défis que pose la création d'un tribunal multilatéral fondé sur un modèle de SJI dont le succès n'est pas assuré.

## Remarques préliminaires

Ces dernières années, la Commission européenne a subi des pressions importantes, notamment de la part du public, de certains États membres et du Parlement européen, pour réformer les procédures d'arbitrage ad hoc entre investisseurs et États traditionnellement prévues par les accords bilatéraux relatifs à l'investissement<sup>5</sup>. Cette question a pris de l'ampleur depuis que l'UE s'est

vu attribuer la compétence exclusive en matière d'investissement direct étranger, en 2009<sup>6</sup>.

Dans le cadre des négociations en vue d'un accord économique avec les États-Unis, la Commission européenne a révélé pour la première fois à l'automne 2015 le modèle préconisé, soit le « Investment Court System » (ICS, ou SJI en français)<sup>7</sup>. Bien que ces négociations n'aient pas abouti, la Commission a poursuivi sa promotion du SJI auprès de différents partenaires, dont le Canada et le Vietnam.

Dans ces deux cas, l'appellation de « cour » n'a pas été retenue, mais les caractéristiques principales du nouveau système l'ont été : des tribunaux de première instance et d'appel seraient formés, et leurs membres seraient nommés (uniquement) par les États parties. Dans le cas de l'AECG, le tribunal de première instance serait constitué de quinze membres, tandis que l'EVIPA prévoit un tribunal de neuf membres<sup>8</sup>. Quant à l'instance d'appel, en vertu de l'EVIPA elle comportera six membres<sup>9</sup> (le même nombre de membres que la Commission envisageait pour le *Transatlantic Trade and Investment Partnership* ou TTIP (partenariat transatlantique de commerce

5 Voir par ex CE, « Investment in TTIP and beyond – the path for reform » (6 mai 2015), en ligne : <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF)>. Le terme « ad hoc » est utilisé ici par opposition à « permanent ».

6 *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, JO C 306 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009).

7 Voir par ex proposition de TTIP, *supra* note 1.

8 AECG, *supra* note 3, art 8.27(2); EVIPA, *supra* note 4, art 3.38(2).

9 EVIPA, *supra* note 4, art 3.39(2).

et d'investissement<sup>10</sup>). Dans le cas de l'AECG, le nombre de membres est toujours à déterminer<sup>11</sup>.

En ce qui concerne la durée et le caractère permanent des mandats, l'AECG prévoit des mandats de cinq ans, renouvelables une fois, tandis que l'EVIPA prévoit des mandats de quatre ans, également renouvelables une fois<sup>12</sup>. Ce dernier accord prévoit les mêmes règles pour les membres de l'instance d'appel<sup>13</sup>. En ce qui concerne le statut des membres, il est prévu qu'ils soient rémunérés par une rétribution mensuelle (« *retainer* ») et par une somme accordée pour chaque jour siégré. Plus tard, vraisemblablement si le volume des affaires le justifie, le comité pertinent formé en vertu de ces ententes pourrait transformer ce mode de rémunération en salaire à temps plein (et prohiber le cumul des fonctions)<sup>14</sup>.

La politique de l'UE est dorénavant de proposer le SJI à tous ses partenaires dans le cadre de négociations visant l'investissement<sup>15</sup>.

10 Proposition de TTIP, *supra* note 1, art 10(2). L'idée d'une instance d'appel visant le règlement des différends investisseurs-États n'est pas étrangère aux États-Unis. Dès le début des années 2000, des accords de libre-échange prévoyaient la possibilité pour les parties de s'entendre afin de créer une telle instance à l'avenir; aussi, dans le texte du DR-CAFTA, les parties s'étaient même engagées à le faire dans un délai d'un an après l'établissement d'un groupe de négociation. Voir *Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement*, 5 août 2004, annexe 10-F, para 2, en ligne : <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>> [US-DR-CAFTA]. Les dispositions afférentes n'ont jamais eu de suite. Par ailleurs, la possibilité de créer une instance d'appel multilatérale avait été étudiée en 2004 par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et jugée prématurée à l'époque, voir ICSID Secretariat, « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration » (22 octobre 2004) International Centre for Settlement of Investment Disputes, document de discussion, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>.

11 AECG, *supra* note 3, art 8.28(7). Le 25 juillet 2018, la Commission européenne a transmis au Canada une proposition concernant notamment un tribunal d'appel qui compterait six membres. Les membres auraient des mandats non renouvelables de six ans, bien que trois des premiers membres nommés aient des mandats de neuf ans. Voir Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, « Draft decision of the CETA Joint Committee on the Appellate Tribunal » (2018), art 1(3), en ligne : <[www.bilaterals.org/IMG/pdf/apelltribunal\\_code-of-conduct\\_mediation-ics.pdf](http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/apelltribunal_code-of-conduct_mediation-ics.pdf)>.

12 AECG, *supra* note 3, art 8.27(5); EVIPA, *supra* note 4, art 3.38(5).

13 EVIPA, *supra* note 4, art 3.39(5).

14 AECG, *supra* note 3, art 8.27(12)–(15); EVIPA, *ibid*, art 3.38(14)–(17).

15 Voir par ex Commission européenne (CE), *Staff Working Document, Impact Assessment, Multilateral reform of investment dispute resolution* (13 septembre 2017) à la p 93, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=EN> [CE, *Impact Assessment*].

## La transition incertaine des SJI bilatéraux à un tribunal multilatéral des investissements

Avant même de parler de transition, il est opportun de commencer l'analyse en traitant des obstacles à la mise en œuvre des SJI prévus dans les accords entre l'Union européenne, d'une part, et le Canada et le Vietnam, d'autre part et respectivement. La chronologie de la transition pose également son lot de défis.

### Les impondérables de la politique et des juridictions

Les SJI risquent d'être victimes des politiques ou des juridictions (nationales et européennes). Dans la présente section, on étudie d'abord les menaces à la mise en œuvre de l'AECG avant de se tourner vers la modification récente de l'EVFTA (2016) et des conséquences qui en sont à prévoir.

#### La mise en œuvre complexe de l'AECG entre l'UE et le Canada

Dans le cadre des négociations entre l'UE et le Canada visant l'AECG, il avait été entendu que cette entente serait un « accord mixte ». En d'autres termes, l'AECG devait être approuvé par l'Union européenne (par le biais du Conseil de l'UE et du Parlement européen) ainsi que par les autorités nationales compétentes de tous les États membres de l'UE avant d'entrer en vigueur de manière permanente<sup>16</sup>.

Dans ce contexte, l'opposition des parlements de Wallonie et de la Région de Bruxelles-Capitale ainsi que du Parlement francophone bruxellois ont failli

16 Selon les États membres, cela peut inclure plusieurs parlements (par ex : ceux de la Belgique). Toutefois, en ce qui concerne les domaines qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union, l'accord a pu entrer en vigueur de manière transitoire dès septembre 2017. Les dispositions concernant le SJI dans le chapitre sur l'investissement ont été explicitement exclues de cette mise en œuvre. Pour le détail concernant le reste du chapitre sur l'investissement, voir CE « *Notification concernant l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part* » [2017] JO Annexe L 238/9, en ligne : <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0916\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0916(02)&from=EN)>.

faire dérailler la signature de l'AECG, en octobre 2016. Il a notamment fallu que le Conseil et les États membres de l'UE, ainsi que le Canada, fassent des déclarations d'interprétation et prennent différents engagements afin de convaincre la Belgique de permettre la signature de l'accord<sup>17</sup>. Néanmoins, la Belgique manifestait toujours son opposition au nouveau système de SJI (selon la version du texte qui allait être signé) et confirmait son intention de soumettre une demande d'avis à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) au sujet de la compatibilité de ce système avec l'ordre juridique de l'Union. Cette demande a été faite le 6 septembre 2017, et l'avis de la CJUE se fait toujours attendre<sup>18</sup>. Il serait hasardeux de prédire l'issue de cette procédure, mais on peut dire à tout le moins que cette dernière cause des retards et de l'incertitude quant à la ratification de l'AECG.

Des contestations constitutionnelles sont également en cours dans quelques États membres de l'UE. Environ deux semaines avant la signature de l'AECG, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a rejeté une demande d'injonction préliminaire qui visait à empêcher le représentant allemand au Conseil de l'Union européenne d'approuver la signature et l'application provisoire de l'AECG. Toutefois, la Cour a imposé certaines conditions, et aucune décision n'a été rendue sur le fond<sup>19</sup>. L'un des enjeux concerne le principe d'égalité devant la loi et l'accès des étrangers (ici,

des Canadiens) à un régime de règlement des différends (le SJI) auquel les Allemands n'ont pas accès pour poursuivre leur propre gouvernement<sup>20</sup>.

Par ailleurs, saisi par des députés, le Conseil constitutionnel français a décidé, en juillet 2017, que l'autorisation de ratifier l'AECG n'a pas à être précédée d'une révision de la Constitution. Le Conseil jugeait ainsi que l'AECG « ne comporte pas de clause contraire à la Constitution »<sup>21</sup>. Parmi ses motifs concernant le SJI, le Conseil a noté le respect des principes d'indépendance et d'impartialité, dont témoignent les règles d'éthique et les mandats des juges, notamment<sup>22</sup>. De plus, le Conseil a jugé que le modèle de SJI proposé n'entraînait pas de mise à l'écart du principe d'égalité devant la loi.<sup>23</sup>

Seul le passage du temps pourra confirmer si ces décisions, qui ont jusqu'ici permis d'éviter un blocage, reflètent une tendance ou correspondent uniquement à un répit.

### Les aléas de la signature et de la mise en œuvre de l'EVIPA

Le Vietnam a été le premier État à accepter l'adoption du nouveau modèle de résolution des conflits prôné par l'UE en matière d'investissement. Émis en mai 2017, l'avis de la CJUE concernant la compétence de l'Union pour conclure un accord de libre-échange avec Singapour<sup>24</sup>, sans la participation des États membres, aura eu un impact certain sur la signature de l'EVIPA<sup>25</sup>. En effet, cet avis confirme que la protection des investissements (autres que directs) ainsi que le règlement des différends entre investisseurs et États relèvent de la compétence

17 Voir « Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part », (29 octobre 2016), Gouvernement du Canada, en ligne : <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/jii-iiic.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/jii-iiic.aspx?lang=fra)> [Instrument interprétatif commun], et Conseil de l'Union européenne, *Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part – Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil*, 13239/16 WTO 288 SERVICES 25 FDI 21 CDN 21, (2016) en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13463-2016-REV-1/fr/pdf>> [Conseil de l'UE, Déclarations].

18 Voir « Le Ministre Reynders introduit une demande d'avis au sujet du CETA » (6 septembre 2017), Royaume de Belgique, Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement, en ligne : <[https://diplomatie.belgium.be/fr/newsroom/nouvelles/2017/le\\_ministre\\_reynders\\_introduit\\_demande\\_avis\\_ceta](https://diplomatie.belgium.be/fr/newsroom/nouvelles/2017/le_ministre_reynders_introduit_demande_avis_ceta)>. En particulier, la demande porte sur la compatibilité du SJI avec : « 1) la compétence exclusive de la CJUE de fournir une interprétation définitive du droit de l'Union; 2) le principe général d'égalité et l'impératif de l'effet utile du droit de l'Union; 3) le droit d'accès aux tribunaux; 4) le droit à une justice indépendante et impartiale. »

19 Voir Federal Constitutional Court, communiqué n° 71/2016, « Applications for a preliminary injunction in the "CETA" proceedings unsuccessful » (13 octobre 2016), en ligne : <[www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html)>.

20 Voir Christian Riffel, « Does investor-state dispute settlement discriminate against nationals? », texte présenté à la Society of International Economic Law, Sixth Biennial Global Conference, 12-14 juillet 2018, en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3209086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3209086)>.

21 Conseil constitutionnel, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, (2017) 20-21, 2017-749 DC, en ligne : <[www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017749DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017749DC.htm)>.

22 *Ibid* aux pp 10-11.

23 *Ibid* aux pp 11-12.

24 Voir CE, « EU and Singapore present text of comprehensive free trade agreement » (20 septembre 2013), en ligne : <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=962>>.

25 CJ, « Avis 2/15 de la Cour (assemblée plénière) » (16 mai 2017), *InfoCuria – Case-law of the Court of Justice*, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=359608>>.

partagée de l'Union et de ses États membres<sup>26</sup>. Bien que le mécanisme d'arbitrage ad hoc de règlement des différends en matière d'investissement prévu dans le texte de l'accord conclu avec Singapour, soumis à l'étude de la CJUE, ait été différent du modèle de SJI prévu dans l'accord conclu avec le Vietnam, il ne fait pas de doute que la Cour serait arrivée à la même conclusion au sujet de ce dernier. En effet, le raisonnement de la CJUE porte sur le consentement des États membres et sur la possibilité qui serait créée pour un investisseur ou un requérant de soustraire certains différends à la compétence juridictionnelle des États membres sans leur consentement<sup>27</sup>.

La Commission était ainsi confrontée à un nouveau défi en ce qui concerne les accords de libre-échange avec Singapour et le Vietnam. La solution retenue par l'UE a été de séparer les questions d'investissement du reste des accords afin d'assurer à l'Union une compétence exclusive sur la majorité des sujets visés<sup>28</sup>. La publication récente du texte de l'EVIPA (en plus d'un accord commercial) a ouvert la voie à la soumission de cet accord au Conseil, à des fins de signature, et ensuite au Parlement. Finalement, cet accord devra être soumis à l'approbation des parlements nationaux et régionaux des membres de l'UE. Il est à parier que la Commission attendra l'avis de la CJUE sur la compatibilité du SJI avec l'ordre juridique européen avant d'aller plus avant avec ces approbations. On peut donc à tout le moins prévoir des retards.

## Les enjeux découlant de la chronologie des événements

Le fait d'œuvrer à la fois à l'établissement de SJI bilatéraux et à leur remplacement (souhaité rapide) par un tribunal multilatéral présente des défis singuliers pour l'UE. Qui plus est, la possibilité d'une multiplication des SJI dans l'intervalle pose ses propres défis.

## L'antagonisme entre les valeurs promues et la transition rapide vers un tribunal multilatéral

L'accent mis par l'UE sur le caractère judiciaire, indépendant et permanent des SJI, constitués de façon bilatérale, cadre mal avec l'objectif de leur remplacement rapide par une instance multilatérale.

À titre d'exemple, mentionnons que l'instrument interprétatif commun concernant l'AECG (publié en octobre 2016) prévoit ce qui suit :

« L'AECG tourne résolument le dos à l'approche traditionnelle du règlement des différends en matière d'investissements et institue 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. [...] Dès lors, l'AECG marque un changement important et radical dans le domaine des règles en matière d'investissements et du règlement des différends. Il jette les bases d'un effort multilatéral visant à développer cette nouvelle approche du règlement des différends dans le domaine des investissements pour créer un tribunal multilatéral des investissements. *L'UE et le Canada œuvreront rapidement à la création du tribunal multilatéral des investissements.* Celui-ci devrait être institué une fois qu'une masse critique minimale de participants aura été atteinte, *remplacer immédiatement les systèmes bilatéraux* tel que celui prévu dans l'AECG et être pleinement ouvert à l'adhésion de tout pays qui souscrit aux principes qui sous-tendent le tribunal »<sup>29</sup> (nos italiques).

Le remplacement « progressif », plutôt qu'« immédiat », d'une juridiction par une autre

<sup>26</sup> *Ibid*, dispositif.

<sup>27</sup> *Ibid* aux para 290-93.

<sup>28</sup> En avril 2018, la Commission a soumis au Conseil pour approbation l'accord commercial entre l'UE et Singapour ainsi que l'accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour. Ce dernier devra ensuite être soumis au Parlement européen et aux parlements des États membres pour ratification. Voir « Press Release Database » (19 février 2018), en ligne : <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-18-3327\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-3327_fr.htm)>.

<sup>29</sup> Instrument interprétatif commun, *supra* note 17.

aurait été un objectif plus réaliste<sup>30</sup>, compte tenu du risque élevé de coexistence entre les SJI bilatéraux et le tribunal multilatéral des investissements (en *partant* évidemment de la *prémisse* selon laquelle les difficultés soulevées dans la première partie du présent texte auront pu être aplanies, que des SJI verront le jour et que, par la suite, une masse critique de pays décideront de participer à l'initiative multilatérale).

Une fois que trois membres d'un SJI auront été saisis d'une affaire, celle-ci devra suivre son cours. Pour prendre cette fois-ci l'exemple de l'EVIPA, mentionnons que la division du tribunal qui est concernée doit normalement rendre sa décision dans un délai de 18 mois<sup>31</sup>. Ensuite, un appel peut être interjeté, et la décision doit suivre dans les 180 jours<sup>32</sup>. Si l'appelant se voit donner raison, l'affaire peut être renvoyée devant le tribunal de première instance, qui doit modifier sa décision dans les 90 jours<sup>33</sup>. Il est à prévoir que d'autres affaires s'ajouteront, progressivement, et que des formations (ou divisions) différentes seront affectées à leur instruction (assignations des affaires par rotation, la composition des divisions se voulant imprévisible)<sup>34</sup>. Ainsi, un « cycle » se créera (de manière horizontale pour ce qui est des divisions du tribunal comptant trois membres, et verticale en ce qui concerne l'instance d'appel), et il sera difficile de l'interrompre.

Une fois que le tribunal sera saisi, graduellement, de plusieurs affaires, elles devront être menées à terme et cela prendra plusieurs années. Cette période pourrait dépasser la durée des mandats des premiers membres, soit quatre ans pour quatre d'entre eux, les cinq autres s'étant vu attribuer des mandats de six ans<sup>35</sup>. Que faire alors des renouvellements? Selon le texte de l'accord, un membre du tribunal de

première instance dont le mandat se termine peut continuer son service jusqu'au prononcé de la sentence<sup>36</sup>. Cette disposition pourrait aider à la transition. Par ailleurs, le texte prévoit que le Comité bipartite du commerce peut réduire (ou augmenter) le nombre de membres par un multiple de trois<sup>37</sup>. Vraisemblablement, ces ajustements seraient effectués au moment des renouvellements et non en cours de mandat, afin d'éviter de remettre en question le caractère permanent et indépendant du SJI<sup>38</sup>.

Les textes de l'AECG et de l'EVIPA prévoient que les parties, par le truchement des comités conjoints pertinents formés en vertu de ces accords, peuvent adopter des décisions précisant les arrangements transitoires requis suite à la mise sur pied d'un tribunal multilatéral des investissements<sup>39</sup>. On peut donc imaginer que les *nouvelles* affaires impliquant deux États parties à l'accord multilatéral seraient renvoyées au nouveau tribunal multilatéral et que, à terme, les SJI bilatéraux cesseraient leur activité. La Commission européenne envisage aussi la possibilité que l'accord multilatéral prévoie des dispositions transitoires, mais n'en précise pas la nature<sup>40</sup>. En toute hypothèse, les parties aux accords devraient tenir compte, dans le cadre de leurs discussions et de la planification, du risque que l'atteinte des objectifs poursuivis par le biais de la création de SJI permanents, notamment la prévisibilité et la cohérence des règles applicables, puisse être minée par la coexistence de plusieurs SJI et d'un tribunal multilatéral en matière d'investissement.

### La multiplication des juridictions

Suivant la nouvelle politique de l'UE, le modèle du SJI bilatéral a non seulement été proposé aux États-Unis, au Canada et au Vietnam, mais aussi à la Chine, à l'Indonésie, au Japon, au Maroc, au

30 Le résumé de l'analyse d'impact de la recommandation faite par la Commission au Conseil de négocier en vue de l'instauration d'un tribunal multilatéral fait référence au remplacement « progressif » des SJI, voir CE, Commission européenne, *Document de travail des services de la Commission. Résumé de l'analyse d'impact*, Bruxelles, CE, 2017 à la p 3, en ligne : <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2017/FR/SWD-2017-292-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>>.

31 EVIPA, *supra* note 4, art 3.53(6); AECG, *supra* note 3, art 8.39(7), qui prévoit un délai de 24 mois.

32 EVIPA, *supra* note 4, art 3.54(5). Voir aussi art 3.54(4) et 3.55(4) sur la possibilité de renvoi au tribunal de première instance.

33 *Ibid*, art 3.55(4).

34 *Ibid*, art 3.38(7).

35 *Ibid*, art 3.38(5).

36 *Ibid*. Voir aussi AECG, *supra* note 3, art 8.27(5).

37 EVIPA, *supra* note 4, art 3.38(3); AECG, *supra* note 3, art 8.27(3).

38 Une telle éventualité pourrait aussi nuire au recrutement de candidats qualifiés pour ces postes.

39 AECG, *supra* note 3, art 8.29; EVIPA, *supra* note 4, art 3.41.

40 CE, *Impact Assessment*, *supra* note 15, à la p 58, n 103.

Mexique<sup>41</sup>, à la Birmanie (Myanmar)<sup>42</sup>, à Singapour<sup>43</sup> et aux Philippines<sup>44</sup>, notamment. Il n'y a pas de doute que la mise sur pied d'un SJI bilatéral pour chaque accord conclu poserait des défis sur le plan de la cohérence des décisions, mais aussi en ce qui a trait aux ressources exigées.

L'analyse la plus concrète faite de ces problèmes se trouve dans un document de cent-vingt pages produit par la Commission européenne et publié en septembre 2017<sup>45</sup>. Ce document accompagne la recommandation de la prise d'une décision du Conseil autorisant des négociations visant l'institution d'un tribunal multilatéral des investissements<sup>46</sup>. Avant d'en arriver à cette recommandation, la Commission fait l'analyse de sept options (dont celle de poursuivre la négociation du SJI) qui existeraient en parallèle au régime actuel de règlement des différends, fondé sur l'arbitrage pour ce qui est des accords déjà mis en œuvre (le scénario de référence).

Aux fins du présent texte, il suffit de souligner deux aspects problématiques de la multiplication des juridictions présentés par le scénario de référence :

*Cohérence* : en comparaison au système actuel d'arbitrage ad hoc (c.-à-d. non permanent), le modèle du SJI, avec son instance d'appel, aurait le potentiel d'améliorer la cohérence interne<sup>47</sup> de la jurisprudence et ainsi d'offrir plus de prévisibilité aux parties prenantes. Toutefois, la création de multiples SJI bilatéraux

pourrait réduire cet avantage. Par exemple, des termes identiques ou très similaires pourraient recevoir des interprétations divergentes<sup>48</sup>, même en appel, et ainsi miner la prévisibilité.

*Efficience* : la multiplication des SJI exigera des ressources humaines et financières importantes et posera des défis en matière d'efficience<sup>49</sup>. Il est prévu dans l'AECG et dans l'EVIPA que le secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) fournisse un appui administratif et logistique aux SJI<sup>50</sup>. C'est donc dire que chaque SJI sera maître de ses procédures et que la coordination entre eux sera limitée<sup>51</sup>. La complexité découlant de la coexistence des SJI et des régimes traditionnels d'arbitrage ad hoc aura aussi un effet sur les coûts.

De manière notable, la recommandation au Conseil d'opter pour la création d'un tribunal multilatéral place la Commission dans une position délicate : continuer de convaincre des États partenaires d'accepter le modèle du SJI, même de façon transitoire, alors qu'elle souligne elle-même les défis découlant de la multiplication des juridictions.

---

## Les changements de paradigme requis pour la transition vers une juridiction multilatérale

La transition de SJI bilatéraux à un tribunal multilatéral des investissements nécessite des changements de paradigme, notamment quant au rôle joué par la nationalité dans la nomination des membres (ou juges) et dans leur affectation à des affaires, ainsi que relativement à la durée et au caractère permanent de leur mandat.

---

41 Annonce d'un accord de principe faite le 21 avril 2018, voir CE, communiqué, « New EU-Mexico Agreement in Principle and its texts » (26 avril 2018), en ligne : <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1833>>.

42 En septembre 2017, la Commission indiquait qu'un accord était presque au stade final, mais aucun texte ne semblait disponible en ligne en août 2018. Voir CE, *Impact Assessment*, supra note 15, à la p 93.

43 Annonce d'un accord faite en avril 2018, voir texte soumis au Conseil, en ligne : <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc\\_156731.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156731.pdf)>.

44 Voir la liste complète des pays en négociations dans : CE, *Impact Assessment*, supra note 15, à la p 93.

45 *Ibid.*

46 Suite à la recommandation de la CE, le Conseil a adopté et rendu public le 20 mars 2018 des directives autorisant la Commission à négocier, voir CE, communiqué, « Tribunal multilatéral des investissements : le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations » (20 mars 2018), en ligne : <[www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations](http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations)>.

47 Interne dans le sens de dans le cadre d'un même accord. Voir CE, *Impact Assessment*, supra note 15, par ex aux pp 17, 34-35.

---

48 *Ibid* à la p 16.

49 *Ibid* par ex aux pp 17 et 34.

50 *Ibid* à la p 36.

51 *Ibid* à la p 39.

## La réduction du rôle de la nationalité dans les nominations et les affectations

Alors que la nationalité est un facteur déterminant dans la structure et le fonctionnement des SJI bilatéraux proposés par l'UE, son rôle devra vraisemblablement être réduit pour qu'on en arrive à une juridiction véritablement multilatérale et indépendante. Toutefois, des mécanismes visant à assurer une certaine représentativité devront être envisagés afin que le tribunal multilatéral des investissements puisse avoir la légitimité nécessaire à l'exercice de la fonction judiciaire internationale.

### Indépendance<sup>52</sup> et nationalité des juges

Dans le cadre des négociations relatives au TTIP (selon l'acronyme anglais), l'UE avait suggéré que cinq des juges détiennent la nationalité américaine, que cinq aient la nationalité de pays membres de l'UE et que les cinq autres soient issus de pays tiers<sup>53</sup>. On retrouve la même structure dans l'AECG et dans l'EVIPA, hormis le fait que dans ce dernier cas le tribunal serait constitué de neuf membres et non de quinze<sup>54</sup>. En toute hypothèse, il est prévu que les membres siègeront en formations de trois. Pour l'AECG par exemple : un membre de nationalité canadienne, un autre possédant la nationalité d'un membre de l'UE et un national d'un pays tiers qui présidera chacune des divisions du tribunal<sup>55</sup>. Bien qu'il n'existe pas de nationalité « européenne », le modèle utilisé intègre ce critère de rattachement aux États membres parties à l'accord, plutôt que de ne pas en tenir compte.

Cela étant dit, soulignons que l'AECG et l'EVIPA prévoient tous deux, dans une note de bas de page, qu'une partie peut aussi proposer la nomination de membres qui n'ont pas sa nationalité. Dans un tel cas, ces membres seront considérés, aux fins de

la constitution et du fonctionnement du tribunal, comme des ressortissants du pays qui a proposé leur nomination<sup>56</sup>. Il est probable que cette brèche dans le principe de la nationalité découle plus de considérations pratiques (par exemple, la difficulté potentielle pour de plus petits pays de nommer plusieurs nationaux répondant aux critères de sélection) que de considérations stratégiques (par exemple, faciliter la transition vers une juridiction multilatérale). En tout état de cause, compte tenu de son bassin de candidats étendu, il serait surprenant que l'UE se prévale de cette possibilité.

L'approche de l'UE quant à la nationalité, selon son modèle de SJI, se distingue de la position par défaut retenue dans le cadre de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (Convention CIRDI)<sup>57</sup>. Lors de la constitution d'un tribunal, à moins que les parties désignent d'un commun accord chacun des membres du Tribunal, « [l]es arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'États autres que l'État contractant partie au différend et que l'État contractant dont le ressortissant est partie au différend »<sup>58</sup>. Dans le cas d'un tribunal composé de trois membres, cela veut dire qu'un « ressortissant de l'un ou l'autre de ces États ne peut pas être nommé comme arbitre par une partie sans l'accord de l'autre partie au différend »<sup>59</sup>. Par contre, l'interdiction de nommer des nationaux est stricte dans le cas où le président du Conseil administratif est appelé à nommer un

<sup>56</sup> *Ibid*, art 8.27(2), n 9; EVIPA, *supra* note 4, art 3.38(2), n 25.

<sup>57</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (Convention CIRDI), 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, voir *Convention et règlements du CIRDI*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, avril 2006, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf>> [Convention CIRDI]. Évidemment, une différence fondamentale entre le SJI et l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI réside dans le fait que les demandeurs, dans les cas dont est saisi le SJI, n'ont pas de rôle dans la désignation des membres du tribunal qui vont entendre l'affaire. Pour une discussion sur la perte d'autonomie des parties en ce qui concerne la nomination des arbitres typique de l'arbitrage, voir Céline Lévesque, « The European Commission Proposal for an Investment Court System : Out with the Old, In with the New? » in *Investor-State Arbitration Series*, CIGI, Paper Series, 26 septembre 2016, en ligne : <[www.cigionline.org/publications/european-commission-proposal-investment-court-system-out-old-new](http://www.cigionline.org/publications/european-commission-proposal-investment-court-system-out-old-new)>.

<sup>58</sup> Convention CIRDI, *supra* note 57, art 39.

<sup>59</sup> Règlement d'arbitrage du CIRDI, art 1(3), en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsidocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>>.

<sup>52</sup> L'indépendance anglaise ici le concept d'impartialité, proche de cette notion. Voir James Crawford et Joe McIntyre, « The Independence and Impartiality of the International Judiciary » dans Shimon Shetreet et Christopher Forsyth, dir, *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, 189; Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards*, rapport complémentaire, Geneva Center for International Dispute Settlement, 15 novembre 2017 aux pp 42-59, en ligne : <[www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/CIDS\\_Supplemental\\_Report.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/CIDS_Supplemental_Report.pdf)>.

<sup>53</sup> Proposition de TTIP, *supra* note 1, section 3, art 9(2).

<sup>54</sup> EVIPA, *supra* note 4, art 3.38(3); AECG, *supra* note 3, art 8.27(2).

<sup>55</sup> AECG, *supra* note 3, art 8.27(6).

ou des membres du tribunal<sup>60</sup> ou bien quand vient le temps de former des comités d'annulation<sup>61</sup>. La préoccupation quant au manque d'impartialité des arbitres ou à des apparences de partialité de la part de ceux-ci, en raison de leur nationalité, a fait l'objet de nombreuses discussions entre les délégués lors de la rédaction de la Convention CIRDI<sup>62</sup>.

Hors de la sphère du droit international des investissements, les juridictions internationales offrent également des modes de fonctionnement faisant appel à la nationalité ou, au contraire, la mettent à l'écart. Pour ce qui est de l'assignation des affaires, certaines cours optent pour une représentation nationale par le biais de juges ad hoc (comme c'est le cas pour la Cour Internationale de Justice (CIJ)<sup>63</sup> ou encore grâce au droit d'une partie d'avoir un juge de sa nationalité dans la formation de jugement [voir les variantes de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et du Tribunal international du droit de la mer (TIDM)]<sup>64</sup>. En revanche, pour d'autres juridictions, la nationalité n'est pas un facteur qui entre en ligne de compte dans les affectations des juges [par exemple, CJEU et Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)]<sup>65</sup>.

Ces ambivalences quant à la nationalité des juges datent d'aussi longtemps qu'existent les juridictions internationales et les a même précédées. Au début du 20<sup>e</sup> siècle, des projets de cours ont échoué faute pour les parties de

s'entendre sur la nomination des juges, notamment sur la question de la représentation des grandes puissances<sup>66</sup>. Le compromis, qui allait venir et a été mis en oeuvre pour la CIJ, alliait une position de principe respectant l'égalité des États (par le biais de « magistrats [...] élus, sans égard à leur nationalité »)<sup>67</sup> à une procédure de vote qui assurait dans les faits aux membres permanents du Conseil de sécurité une représentation nationale<sup>68</sup>.

Tel que l'affirmait le professeur George Abi-Saab en 1996, que la CIJ soit composée de juges indépendants, élus sans égard à leur nationalité « is, of course, the best of all possible worlds »<sup>69</sup>. Mais, comme il l'expliquait, ce n'est pas si simple. De la même manière, l'UE, dans sa promotion d'un tribunal multilatéral des investissements, devra faire face à l'antagonisme entre la réduction nécessaire du rôle de la nationalité par rapport aux SJI bilatéraux et le besoin de représentativité d'un tribunal multilatéral<sup>70</sup>.

### Représentativité et nationalité des juges

Une réflexion concernant la représentativité est rendue nécessaire notamment par l'hypothèse de travail retenue par la Commission européenne dans son analyse d'impact visant l'ouverture de négociations portant sur la création d'un tribunal multilatéral des investissements<sup>71</sup>. Après avoir analysé divers scénarios de réforme, la Commission privilégie l'option d'un tribunal multilatéral permanent, composé d'un nombre limité de

60 Convention CIRDI, *supra* note 57, art 38. Voir art 5 de la convention en vertu duquel ce pouvoir est exercé par le président de la Banque mondiale.

61 *Ibid*, art 52(3).

62 Voir Christoph H Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, commentaires sur les art 38 (aux pp 490-97), 39 (aux pp 498-506) et 52 (aux pp 1027-35).

63 *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), en ligne : <[www.icj-cij.org/fr/statut](http://www.icj-cij.org/fr/statut)> [Statut de la CIJ].

64 Voir par ex *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, art 8(3) [entrée en vigueur : 3 septembre 1953 (telle que modifiée)], en ligne : <[www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)> [CEDH]; *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Annexe VI : Statut du Tribunal international du droit de la mer*, 10 décembre 1982, art 17(1) (entrée en vigueur : 16 novembre 1994), en ligne : <[www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/statute\\_fr.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_fr.pdf)> [Statut du TIDM].

65 Voir par ex *Statut de la Cour de Justice de l'Union Européenne*, art 18(4) (version consolidée entrée en vigueur : 2012), en ligne : <[https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/statut\\_cons\\_fr.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/statut_cons_fr.pdf)> [Statut de la CJUE]. Voir aussi Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 52, aux pp 93-107.

66 Georges Abi-Saab, « Ensuring the Best Bench: Ways of Selecting Judges » dans Connie Peck et Roy S Lee, dir, *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, Peace Palace, Martinus Nijhoff, 1996, 166 à la p 174; Ruth Mackenzie et al, *Selecting International Judges: Principle, Process and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2010 aux pp 10-12.

67 *Statut de la CIJ*, *supra* note 63, art 2.

68 Abi-Saab, *supra* note 66 à la p 166 et s. L'institution du juge ad hoc faisait aussi partie du compromis en ce qui a trait à l'assignation des affaires.

69 *Ibid* à la p 166.

70 Pour une discussion sur les défis, voir Stephan Schill, « The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law? » (22 avril 2016), *ASIL Insights*, en ligne : <[www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping](http://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping)>.

71 Sur les systèmes de représentation (« full vs. selective »), voir Ruth Mackenzie et al, *supra* note 66 aux pp 7-8. Voir aussi Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 52 aux pp 17-20.

juges, et elle écarte l'option d'un système de listes similaire à celui de la Convention CIRDI<sup>72</sup>.

Bien qu'une soixantaine de pays aient apparemment pris part aux discussions préliminaires concernant la création d'une juridiction multilatérale des investissements<sup>73</sup>, la Commission retient le nombre de 45 parties comme hypothèse de travail, y compris l'UE et ses 28 États membres. Parmi les seize autres parties, on compte des États qui ont déjà accepté un SJI bilatéral et se sont engagés à collaborer à l'établissement d'une juridiction multilatérale (comme le Canada et le Vietnam), ainsi que d'autres avec qui l'UE est en négociation<sup>74</sup>. La Commission propose un tribunal de première instance composé de neuf membres et d'une instance d'appel composée de cinq membres<sup>75</sup>. Selon elle, il vaut mieux fixer le nombre de juges d'après le volume d'affaires attendu plutôt qu'en fonction du nombre de parties à l'accord relatif au tribunal. En particulier, l'option d'un juge par partie contractante est écartée pour des motifs d'efficacité et d'impact possible sur la compétence des juges<sup>76</sup>. Cela étant, la Commission prend bonne note de la préoccupation relative au besoin de représentativité<sup>77</sup>.

À nouveau, l'histoire nous informe quant au lien entre la légitimité des juridictions internationales et la représentativité des parties contractantes. En ce qui concerne la représentation des grandes formes de civilisation, le professeur Abi-Saab rappelle les débats des années 1920 parmi les membres du Comité consultatif de juristes de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI). Il arrive à la conclusion que la représentativité est essentielle à une compréhension commune de l'universalité du droit international<sup>78</sup>.

72 CE, *Impact Assessment*, supra note 15, par ex à la p 41, n 67.

73 Voir par ex CE, « Summary of discussions on a multilateral investment court » (13-14 décembre 2016), en ligne : <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1606>>.

74 CE, *Impact Assessment*, supra note 15 à la p 93.

75 *Ibid* aux pp 40 et 105. La réduction de quinze à neuf du nombre de membres du tribunal de première instance – comparativement à ce que prévoit l'AECG – surprend de prime abord, compte tenu du volume plus élevé d'affaires prévu, mais s'explique probablement par l'emploi à temps plein, plutôt qu'à temps partiel comme pour l'AECG, des juges.

76 *Ibid* à la p 40.

77 Par ex *ibid* à la p 40, n 65.

78 Abi-Saab, supra note 66 aux pp 170-72.

Il existe plusieurs mécanismes permettant d'offrir une représentation sans faire appel à la nationalité comme telle. L'un d'eux est répandu, et c'est celui qui vise à assurer une représentation régionale équitable<sup>79</sup>. Ce mécanisme est souvent conjugué à la règle prévoyant que la juridiction ne pourra comprendre plus d'un ressortissant du même État<sup>80</sup>. Une référence à la représentation des principaux systèmes juridiques du monde est aussi commune<sup>81</sup>. Toutefois, il a été noté que cette condition est souvent tenue pour acquise dans le cadre de la représentation régionale équitable<sup>82</sup>.

Alors que la Commission tentait de convaincre certains États membres de signer l'AECG à l'automne 2016, des garanties de procédure ont dû être données aux membres concernant la nomination des membres du SJI. Ici encore, la sensibilité est palpable à l'égard de cette question, et les États membres de l'UE souhaitent soumettre des candidatures de juges (vraisemblablement de leur nationalité) et participer à leur évaluation. Étant donné la limite de cinq membres pour le tribunal de première instance, on s'est engagé à faire en sorte que le processus reflète « la richesse des traditions juridiques européennes », surtout à long terme<sup>83</sup>.

Le même dilemme se présentera quand le temps sera venu de choisir les règles permettant de procéder à la nomination et à la sélection des membres d'un tribunal multilatéral des investissements. Selon l'analyse de la Commission, il y aura possiblement neuf membres en première

79 Voir par ex *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, art 36(8)(a)(ii) (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 2002), en ligne : <[www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatuteFra.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatuteFra.pdf)> [*Statut de Rome de la CPI*]; *Statut du TIDM*, supra note 64, art 2(2) et 3(2); OMC, *Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends*, 15 avril 1994, art 17(3) (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995), en ligne : <[www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/28-dsu\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu_f.htm)> [OMC, ORD].

80 Voir par ex *Statut de la CIJ*, supra note 63, art 3(1); *Statut de Rome de la CPI*, supra note 79, art 36(7); *Statut du TIDM*, supra note 64, art 3(1).

81 *Statut de la CIJ*, supra note 63, art 9; *Statut de Rome de la CPI*, supra note 79, art 36(8)(a)(i); *Statut du TIDM*, supra note 64, art 2(2).

82 Mackenzie et al, supra note 66 à la p 41. La parité hommes-femmes est une autre mesure de représentativité. Sur divers aspects de la diversité, voir Kaufmann-Kohler et Potestà, supra note 52 aux pp 26-42, et Mackenzie et al, supra note 66 aux pp 161-71.

83 Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, « Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part – Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » (2016) à la p 26, en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13463-2016-REV-1/fr/pdf>>.

instance, et cinq en appel, pour 45 parties contractantes provenant de plusieurs continents et ayant différents systèmes juridiques. Dans les faits, cela impliquera qu'une place plus grande soit faite à des membres ne provenant pas d'Europe de l'Ouest ni d'Amérique de Nord, en comparaison avec l'arbitrage ad hoc ayant cours sous le régime de la Convention CIRDI, entre autres, et pour lequel les arbitres de ces régions dominent<sup>84</sup>.

En conclusion, le paradigme de la nationalité promu par l'UE pour les SJI bilatéraux devra céder le pas à un nouveau paradigme assurant l'avènement d'une juridiction véritablement multilatérale, composée de juges compétents, mais dont la provenance reflète également la diversité de ses membres. Afin d'assurer l'indépendance et la légitimité entières du tribunal, la nationalité des juges ne devrait pas être un facteur dans l'assignation des affaires.

## L'augmentation de la durée des mandats des juges

Le modèle bilatéral, dont sont un exemple les SJI acceptés par le Canada et le Vietnam, prévoit des mandats relativement courts et renouvelables des membres (ou juges). Dans un contexte multilatéral, davantage de sécurité et d'indépendance devraient être assurées aux juges de la nouvelle juridiction. Toutefois, encore une fois, l'objectif d'une plus grande indépendance ne doit pas être poursuivi au détriment de celui de la représentativité.

### Indépendance et mandats des juges

Dans le cadre des négociations relatives au TTIP (partenariat transatlantique de commerce et d'investissement), l'UE avait proposé aux États-Unis des mandats d'une durée de six ans, renouvelables une fois, pour les membres des tribunaux de première instance et d'appel<sup>85</sup>. Dans le cadre de l'AECG, les parties se sont entendues sur des mandats de cinq ans pour le tribunal de première instance, renouvelables une fois, tandis que, pour l'EVIPA, on a opté pour des mandats renouvelables de quatre ans (première instance et appel)<sup>86</sup>. Dans les trois textes, il a été prévu que la

durée des mandats des premiers membres varie, afin d'assurer l'échelonnement des mandats par la suite. Par exemple, dans le cadre de l'AECG, le mandat de sept des quinze membres nommés suite à l'entrée en vigueur de l'accord sera d'une durée de six ans, plutôt que de cinq ans<sup>87</sup>. De cette manière, on évite la possibilité que tous les membres soient remplacés au même moment.

La majorité des juridictions internationales permanentes garantissent à leurs juges des mandats de six ou neuf ans<sup>88</sup>. Les mandats de six ans tendent à être renouvelables<sup>89</sup>, tandis que ceux de neuf ans sont parfois renouvelables<sup>90</sup>, et parfois pas<sup>91</sup>. Dans la sphère économique, l'organe d'appel de l'OMC se distingue avec des mandats de quatre ans, renouvelables une fois<sup>92</sup>.

D'ailleurs, l'histoire récente de l'organe d'appel de l'OMC semble confirmer, quant à l'indépendance des juridictions, le bien-fondé des craintes liées à la courte durée des mandats des juges. Il suffit de rappeler la controverse de 2016, soulevée par le fait que les États-Unis ont bloqué le renouvellement du membre provenant de la Corée, ainsi que par le blocage plus général visant d'autres nominations qui a suivi, pour se convaincre de la vulnérabilité des juridictions internationale dans telles circonstances<sup>93</sup>.

Une tendance récente consiste à promouvoir l'indépendance d'un tribunal par le biais de mandats plus longs, mais non renouvelables. Par exemple, la CEDH est passée, en 2010, à des

<sup>87</sup> AECG, *supra* note 3, art 8.27(5).

<sup>88</sup> Voir par ex *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, 13 décembre 2007, JOUEC 115/47, art. 253 (version consolidée) (CJUE : six ans), en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:88f94461-564b-4b75-ae77-c957de8e339d.0010.01/DOC\_3&format=PDF] [TFUE]; *Statut de la CIJ*, *supra* note 63, art 13 (neuf ans); *Statut du TIDM*, *supra* note 64, art 5 (neuf ans); CEDH, *supra* note 64, art 23 (neuf ans); *Statut de Rome de la CPI*, *supra* note 79, art 36(9) (neuf ans). Voir aussi Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 52 à la p 90.

<sup>89</sup> Par ex TFUE, *supra* note 88, art 253.

<sup>90</sup> Par ex *Statut de la CIJ*, *supra* note 63, art 13 (renouvelable une fois), *Statut du TIDM*, *supra* note 64, art 5 (rééligibles).

<sup>91</sup> Par ex CEDH, *supra* note 64, art 23; *Statut de Rome de la CPI*, *supra* note 79, art 36(9).

<sup>92</sup> OMC, ORD, *supra* note 79, art 17(2).

<sup>93</sup> Voir par ex Gregory Shaffer, « Will the US Undermine the World Trade Organization? » (23 mai 2016), *HuffPost* (blogue), en ligne : <www.huffingtonpost.com/gregory-shaffer/will-the-us-undermine-the\_b\_10108970.html>. Voir aussi Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 52 à la p 91.

<sup>84</sup> Voir CIRDI, « Affaires du CIRDI – Statistiques (numéro 2018-2) », graphiques 14 (pays dont les arbitres nommés sont nationaux) à la p 22, en ligne : <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(French).pdf>.

<sup>85</sup> Proposition de TTIP, *supra* note 1, art 9(5) et 10(5).

<sup>86</sup> AECG, *supra* note 3, art 8.27(5); EVIPA, *supra* note 4, art 3.38(5) et 3.39(5).

mandats non renouvelables de neuf ans<sup>94</sup>. Par ailleurs, l'Institut de droit international a adopté, en 2011, une résolution recommandant que les juges internationaux aient des mandats uniques, mais plus longs, soit d'une durée de neuf à douze ans<sup>95</sup>.

En ce qui concerne la mise sur pied d'un tribunal multilatéral des investissements, la Commission européenne estime également, dans son analyse d'impact, que des mandats longs et non renouvelables seraient mieux à même de promouvoir l'indépendance dans la résolution de différends liés aux investissements<sup>96</sup>.

Cela étant, la fixation de la longueur des mandats doit aussi tenir compte du besoin de renouvellement de toute juridiction internationale et des préoccupations liées à la représentativité<sup>97</sup>. En effet, on remarque qu'aucune juridiction internationale n'offre à ses juges des mandats à vie ou illimités, comme on en trouve dans les systèmes judiciaires internes de nombreux pays<sup>98</sup>.

### Représentativité et mandats des juges

L'une des raisons ayant motivé l'UE dans ses efforts pour réformer le système conventionnel d'arbitrage ad hoc entre investisseurs et États est le manque allégué de légitimité du système. Il serait mal venu de créer un nouveau régime prêtant le flanc à la même critique. Aussi, la durée des mandats des juges doit permettre un renouvellement périodique des effectifs du tribunal afin que les

États contractants se sentent véritablement partie prenantes dans cette nouvelle communauté<sup>99</sup>.

Reste la question de la rotation ou de l'opportunité de prévoir un échelonnement dans les mandats des juges. D'une part, un système de rotation permet le renouvellement progressif du tribunal et favorise une certaine continuité (la formation n'étant pas remplacée en entier d'une journée à l'autre), en plus de la représentativité. D'autre part, si les élections des juges sont à fréquence trop rapprochée (par exemple, un tiers des juges tous les trois ans), ce système ouvre la voie à plus d'ingérence de nature politique, notamment au travers du « horse-trading »<sup>100</sup>. En d'autres mots, les représentants gouvernementaux risquent d'assimiler de telles élections aux nombreuses autres nominations à divers organes internationaux (judiciaires ou non) et de procéder à des échanges de faveur qui ne favorisent pas la promotion de la compétence des candidats ni la représentativité<sup>101</sup>. Qui plus est, dans le cas de la CIJ, certains ont critiqué le fait que la cour change de composition aux trois ans, ce qui ne lui laisserait pas suffisamment de temps pour apprendre à travailler comme un tout, ou pour avoir la continuité requise afin de produire une jurisprudence constante<sup>102</sup>.

Afin d'éviter divers problèmes relatifs à la durée et au renouvellement des mandats des juges internationaux, l'Institut de droit international adoptait, déjà en 1954, une résolution recommandant des mandats uniques d'une durée de quinze ans, combinés à un âge limite qui pourrait être de 75 ans<sup>103</sup>. A ce sujet, le professeur Abi-Saab faisait remarquer que, de manière paradoxale, un tel changement aurait pour effet d'accélérer le rythme de renouvellement de la CIJ, car il est rare que les juges ne souhaitent pas de renouvellement pour un deuxième ou même un troisième mandat<sup>104</sup>.

En conclusion, la formule des mandats courts et renouvelables retenus par l'UE pour les

94 Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, STCE n° 194 (2004), en ligne : <<https://rm.coe.int/16800d388a>>.

95 Institut de droit international, « Sixième Commission : La situation du juge international », 6 Res FrFinal, 9 septembre 2011, en ligne : <[http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2011\\_rhodes\\_06\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2011_rhodes_06_fr.pdf)>.

96 CE, *Impact Assessment*, supra note 15 aux pp 41–42. Toutefois, dans le cadre du SJI, l'accord avec Singapour et l'entente de principe avec le Mexique annoncés, respectivement, par la Commission en avril 2018 diffèrent quant à cette politique de mandats plus longs. Dans le cas de Singapour, des mandats de huit ans sont prévus, mais le mandat de trois des six premiers membres durera douze ans. Voir art 3.9(5) (première instance) et 3.10(5) (tribunal d'appel), en ligne : <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc\\_156731.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156731.pdf)>. Dans le cas du Mexique, les mandats sont de cinq ans, mais certains des premiers membres nommés tout de suite après l'entrée en vigueur auront des mandats de sept ans. Voir art 11(5) (première instance) et 12(5) (tribunal d'appel), en ligne : <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc\\_156814.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156814.pdf)>.

97 Abi-Saab, supra note 66 à la p 185.

98 Voir Kaufmann-Kohler et Potestà, supra note 52 à la p 91; voir aussi Abi-Saab, supra note 66 à la p 185.

99 Voir Abi-Saab, supra note 66 à la p 17, au sujet du parallèle avec la CIJ.

100 Ibid à la p 178, et de manière plus générale, voir pp 176–80 concernant le système de rotation de la CIJ. Voir aussi Mackenzie, supra note 66 aux pp 122–28.

101 Abi-Saab, supra note 66 aux pp 177–78.

102 Ibid à la p 179.

103 Ibid à la p 186, où est reproduit l'art 4 (*Durée des fonctions des juges*) de la résolution de 1954 de l'Institut.

104 Ibid.

SJI bilatéraux avec le Canada et le Vietnam ne devrait pas être transposée à un tribunal multilatéral des investissements, ce qui semble admis par la Commission. Afin de promouvoir l'indépendance d'un tel tribunal, on devrait prévoir des mandats uniques et plus longs, mais pas d'une durée excessive, qui ne permettent ni le renouvellement ni la représentativité. Un âge limite de 75 ans (pour autant que les juges ne souffrent pas d'incapacité) pourrait être établi<sup>105</sup> ou encore un système de rotation, mais comprenant des élections moins fréquentes, pour un nombre moins élevé des membres.

---

## Conclusion

Dans le présent texte, nous avons démontré que la Commission européenne a été ambitieuse dans ses efforts pour réformer le régime traditionnel de règlement des différends entre investisseurs et États fondé sur l'arbitrage ad hoc. Toutefois, la compatibilité de ce régime « judiciarisé » avec l'ordre juridique européen demeure une question à laquelle la CJUE doit répondre. Les directives du Conseil permettant à la fois la négociation de SJI bilatéraux et celle d'une convention visant la création d'un tribunal multilatéral des investissements, appelé à enlever aux SJI leur compétence, placent la Commission dans une position délicate vis-à-vis de ses partenaires potentiels.

Pour leur part, le Canada et le Vietnam ont été les deux premiers États à s'entendre avec l'UE sur des SJI bilatéraux. Dans les deux cas, plusieurs étapes sont à franchir avant que ces tribunaux deviennent une réalité. En toute hypothèse, ces États se sont aussi engagés dans la voie parallèle de la création d'un tribunal multilatéral des investissements. Les mesures transitoires devront faire l'objet d'une attention soutenue et viser notamment à minimiser les risques qu'implique la multiplication des SJI sur le plan de l'efficacité, des coûts, de la prédictibilité et de la cohérence.

Eu égard à la nature politique des élections de juges internationaux, notamment à la CIJ, le professeur Abi-Saab écrivait : « What counts is not to eliminate

politics from elections, which is a contradiction in terms, but to improve and widen the range of nominations so that the political choice can be exercised from among a sufficient number of highly qualified candidates »<sup>106</sup>. Dans le cas qui nous occupe, il s'agirait, en amont, de faire en sorte que la nationalité de candidates et de candidats compétents soit un outil de promotion de la représentativité et de favoriser ainsi la légitimité du tribunal international des investissements. En aval, il faudrait veiller à ce que la durée des mandats des juges soit assez longue pour assurer l'indépendance du tribunal dans le temps, tout en respectant le besoin de représentation des parties contractantes.

## Note de l'auteur

Ce texte fait suite à la participation de l'auteur à un colloque international, à Hanoi, au Vietnam, en octobre 2017. Durant cet événement, les nombreux enjeux liés aux partenariats économiques (notamment en Europe et en Asie-Pacifique) ont fait l'objet de discussions.

L'auteur tient à remercier le Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) pour son soutien financier, ainsi qu'Ana Poienaru pour son assistance à la recherche. Les actes du colloque tenu à Hanoi en octobre 2017 seront publiés ultérieurement par les Presses universitaires de Rennes.

---

<sup>105</sup> Voir aussi Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 52 à la p 92.

---

<sup>106</sup> Abi-Saab, *supra* note 66 à la p 184. Voir aussi Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 52 aux pp 61-90 et Mackenzie, *supra* note 66 aux pp 144-60.

---

## À propos du CIGI

Au Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), nous formons un groupe de réflexion indépendant et non partisan doté d'un point de vue objectif et unique de portée mondiale. Nos recherches, nos avis et nos interventions publiques ont des effets réels sur le monde d'aujourd'hui car ils apportent de la clarté et une réflexion novatrice pour l'élaboration des politiques à l'échelle internationale. En raison des travaux accomplis en collaboration et en partenariat avec des pairs et des spécialistes interdisciplinaires des plus compétents, nous sommes devenus une référence grâce à l'influence de nos recherches et à la fiabilité de nos analyses.

Nos programmes de recherche ont trait à la gouvernance dans les domaines suivants : l'économie mondiale, la sécurité et les politiques mondiales, et le droit international, et nous les exécutons avec la collaboration de nombreux partenaires stratégiques et le soutien des gouvernements du Canada et de l'Ontario ainsi que du fondateur du CIGI, Jim Balsillie.

---

## About CIGI

We are the Centre for International Governance Innovation: an independent, non-partisan think tank with an objective and uniquely global perspective. Our research, opinions and public voice make a difference in today's world by bringing clarity and innovative thinking to global policy making. By working across disciplines and in partnership with the best peers and experts, we are the benchmark for influential research and trusted analysis.

Our research programs focus on governance of the global economy, global security and politics, and international law in collaboration with a range of strategic partners and support from the Government of Canada, the Government of Ontario, as well as founder Jim Balsillie.



---

**Centre for International  
Governance Innovation**

67 Erb Street West  
Waterloo, ON, Canada N2L 6C2  
[www.cigionline.org](http://www.cigionline.org)

🐦 @cigionline

