

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES
DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

Julien Fouret and Dany Khayat

Volume 16, Number 1, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069364ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069364ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fouret, J. & Khayat, D. (2003). CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 16(1), 223–256. <https://doi.org/10.7202/1069364ar>

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

Par Julien Fouret*
et Dany Khayat**

Introduction

Lors de ce premier semestre de 2003, la *Convention de Washington* est entrée en vigueur dans trois nouveaux États¹.

Saint Vincent et Grenadines avaient signé le 7 août 2001 la Convention, puis déposé les instruments de ratification le 16 décembre 2002. La Convention y est entrée en vigueur le 15 janvier 2003. Le Guatemala, pour sa part, avait signé la Convention le 9 novembre 1995 puis déposé ses instruments de ratification le 21 janvier 2003 avec une entrée en vigueur de la Convention le 20 février 2003. Enfin, le Liban a signé et déposé ses instruments de ratification le 26 mars 2003 et l'entrée en vigueur de la Convention s'y est effectuée le 25 avril 2003. Cela porte donc à 154 le nombre d'États signataires et à 139 le nombre d'États contractants².

En outre, au cours du premier semestre de l'année 2003, 15 affaires ont été enregistrées auprès du secrétariat du CIRDI³. Toutes ces affaires ont été enregistrées sur le fondement de traités bilatéraux de protection des investissements. Cette multiplication des requêtes, en comparaison avec les 9 affaires enregistrées durant la même période en 2002, semble indiquer que la confiance des Parties dans les modes de règlement des différends offerts par le CIRDI est toujours aussi grande. À la fin

* Assistant d'enseignement, *Institut de droit comparé*, Faculté de Droit – Université McGill; Maîtrise et D.E.J.A. II (Université Paris X – Nanterre); D.E.A. Droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X – Nanterre); LL.M. (McGill).

** Avocat au barreau de Paris, Shearman & Sterling LLP (Paris). Diplômé de l'Institut d'Études Politiques de Paris; Maîtrise (Université Panthéon-Sorbonne – Paris I); D.E.A. Droit international (Paris II).

¹ La liste des États contractants et signataires de la Convention de Washington peut être consultée sur le site du CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-fr.htm>>.

² 20.1 *News From ICSID* (Été 2003) à la p. 13.

³ *Ed. Züblin AG c. Royaume d'Arabie Saoudite* (Case No. ARB/03/1); *Camuzzi International S.A. c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/2); *Impregilo S.p.A. c. République Islamique du Pakistan* (Affaire No. ARB/03/3); *Lucchetti S.A. et Lucchetti Peru, S.A. c. République du Pérou* (Affaire No. ARB/03/4); *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/5); *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. République d'Équateur* (Affaire No. ARB/03/6); *Camuzzi International S.A. c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/7); *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. Algérie* (Affaire No. ARB/03/8); *Continental Casualty Company c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/9); *Gas Natural SDG, S.A. c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/10); *Joy Mining Machinery Limited c. République Arabe d'Égypte* (Affaire No. ARB/03/11); *Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentine) S.A. et Pioneer Natural Resources (Terre de Feu) S.A. c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/12); *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/13); *Mimico LLC et autres c. République Démocratique du Congo* (Affaire No. ARB/03/14); *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/03/15).

juin, le Centre avait enregistré, depuis l'entrée en vigueur de la Convention en 1966, 129 affaires.

Durant ces 6 premiers mois de l'année 2003, 7 sentences ou décisions ont, par ailleurs, été rendues mais seulement 4 ont été rendues publique⁴. Ces dernières feront donc l'objet de la présente Chronique.

I. *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique*⁵

Composition du Tribunal: Florentino P. Feliciano, Président ; Professeur Armand L.C. de Mestral ; Carolyn B. Lamm.

En statuant sur l'interprétation des articles 1102, 1103, 1105 et 1106 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après « ALENA »), la sentence rendue le 9 janvier 2003 dans le litige opposant une société canadienne, ADF Group Inc (ci-après « ADF ») aux États-Unis d'Amérique contribue à affiner la jurisprudence des tribunaux CIRDI sur le fondement de l'ALENA⁶, et plus généralement, à donner une interprétation qui est désormais cohérente de certaines dispositions de l'accord nord-américain⁷. Cette sentence est d'autant plus intéressante qu'elle analyse, et prend en considération, malgré l'absence de la règle de *stare decisis* dans l'ALENA⁸, une partie de la jurisprudence⁹ postérieure aux *Notes d'Interprétation* de la Commission du libre-échange de juillet 2001¹⁰ aux fins de déterminer ses propres conclusions.

⁴ Les deux sentences et la décision n'ayant pas été publiées ont été rendues respectivement dans *Zhinvali Development Ltd. c. République de Géorgie* (Affaire No. ARB/00/1) ; *Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola S.A. c. République du Mali* (Affaire No. ARB/01/5) et *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République d'Argentine* (Affaire No. ARB/97/3), Décision supplémentaire et de rectification du Comité *ad hoc*.

⁵ 9 Janvier 2003, Affaire No. ARB(AF)/00/1, (2003) 18 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 192 (Mécanisme supplémentaire).

⁶ Nous suivons sur ce point la position d'Emmanuel Gaillard quand il affirme que la majorité des sentences rendues sur le fondement du Chapitre 11, en 2002 et durant les premier mois de 2003, n'ont « guère de valeur de précédent que sur des questions tendant au fond de l'interprétation de l'ALENA » dans Emmanuel Gaillard, « Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (2003) 130 J.D.I. 161, à la p. 164.

⁷ Voir en particulier les tâtonnements malheureux et contradictoires des premiers arbitrages ayant eu à déterminer le contenu précis de l'article 1105 et notre analyse de ces tâtonnements dans Julien Fouret, *The Notion of Fair and Equitable Treatment of Foreign Direct Investment*, thèse de LL.M., Université McGill, 2003 [non publiée] aux p. 60-102.

⁸ L'article 1136(1) affirme l'effet relatif des décisions arbitrales rendues en application du Chapitre 11 de l'ALENA :

Article 1136 : Irrévocabilité et exécution d'une sentence

1. Une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=337#A1136>.

⁹ Voir entre autres, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (2002), Affaire No. ARB(AF)/99/2, 42 ILM 85 (2003), à la p 86, (Mécanisme Supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et nos commentaires de cette sentence dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

Les faits ayant mené à la procédure initiée devant ce tribunal trouvent leur origine dans un différend qui résulte de la construction du *Springfield Interchange Project* situé au nord de la Virginie près de Washington D.C.¹¹. Au début des années 90, un projet destiné à permettre l'amélioration de la sécurité sur cet échangeur autoroutier a été élaboré. En 1998, l'État de Virginie, conjointement avec l'administration fédérale, la *Federal Highway Administration* (ci-après « FHWA ») qui garantissait un apport de fonds, a donc déclenché la phase de construction qui a donné lieu au différend.

Un appel d'offre a été lancé en Septembre 1998 et fut remporté par la *Shirley Contracting Corporation* qui a ensuite sous-traité, en mars 1999, une partie des constructions en acier à ADF International Inc, filiale établie en Floride d'ADF Group Inc. (ci-après « ADF »), une société canadienne qui conçoit, produit et assemble des structures en acier. Le contrat de sous-traitance mentionnait la nécessité de respecter les dispositions des réglementations fédérales et du contrat principal concernant « the Use of Domestic material »¹², une clause aussi connue sous le nom « Buy America ». ADF International proposa donc à la *Shirley Contracting Corporation* d'utiliser de l'acier produit aux États-Unis mais transformé dans les usines canadiennes de sa maison mère, ne possédant pas cette capacité de transformation dans ses usines de Floride. Le Département aux transports de Virginie indiqua que cette méthode de production n'était pas conforme aux obligations contractuelles et légales en vertu du *Federal Surface Transportation Assistance Act* de 1982. Par conséquent, cette méthode devait être revue.

Malgré de nombreuses tentatives de conciliation entre les parties pour infléchir les positions de l'administration américaine, aucun accord ne pu être trouvé. ADF International se vit donc forcé de sous-traiter, à son tour, une partie de cette transformation. Ceci contribua ainsi à faire augmenter de façon plus que substantielle le coût de l'ouvrage final¹³.

ADF demande donc en son nom, et au nom de sa filiale, des dommages intérêts d'un montant de 90 millions de dollars suite aux préjudices subis résultant du *Federal Surface Transportation Assistance Act* de 1982 et des Règlements d'application du Département aux Transport, qui requièrent de la part des projets autoroutiers financés par des fonds fédéraux que soit utilisé de l'acier produit aux États-Unis.

Avant de décider sur le fond du litige, le Tribunal a eu à choisir le lieu de son siège. Le demandeur souhaitait que ce soit Montréal alors que le défendeur

investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux », 2002 RQDI 15(2).

¹⁰ Commission du libre-échange de l'ALENA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 Juillet 2001, en ligne: Ministère des affaires étrangères et du commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>>.

¹¹ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), Affaire No. ARB(AF)/00/1, (2003) 18 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 192, aux par. 44-55 (Mécanisme supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

¹² *Ibid* au par. 47.

¹³ *Ibid* au par. 55.

demandait que le siège se trouve à Washington D.C. Du fait de l'impression de neutralité et de la simplicité matérielle, eu égard à la localisation du siège du CIRDI dans cette ville, Washington fut finalement choisie¹⁴.

Il nous paraît nécessaire de suivre le raisonnement du Tribunal pour comprendre cette sentence. Le premier point qui devra être abordé, de façon concise, concerne la compétence du Tribunal quant à certaines disposition de l'ALENA. Les prises de position de ce Tribunal apparaissent comme innovantes à cet égard **(A)**. Par la suite, ce sont les dispositions substantielles de l'ALENA qui retiendront notre attention. Tout d'abord, l'examen de l'article 1102 sur le traitement national, conjointement avec l'article 1106 sur les prescriptions de résultats, est d'un grand intérêt pour apprécier comment le Tribunal analyse ces deux articles à la lumière de ce qui apparaît comme un contrat passé avec une administration publique **(B)**. Le troisième point de notre commentaire se focalisera sur ce qui nous semble être l'analyse la plus importante de ce Tribunal. L'examen de l'article 1105 restera comme l'importante contribution que ce Tribunal apporte à l'édifice en construction concernant la norme minimale de traitement au sein de l'ALENA **(C)**.

A. Une interprétation téléologique des articles de l'ALENA sur la compétence

Le premier aspect qu'il nous semble nécessaire de souligner est l'admissibilité, ou non, de l'article 1103¹⁵ devant le Tribunal. Le défendeur argumente, a bon escient, que l'investisseur n'a ni dans la Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage et ni dans Notification de la soumission d'une plainte à l'arbitrage¹⁶ mentionné cet article qui serait donc *de facto* exclu de la compétence du Tribunal¹⁷.

C'est dans la réponse à cet argument que le Tribunal apporte un des premiers élément important de cette sentence. Si l'on s'intéresse au fondement de la

¹⁴ Voir l'analyse du tribunal résumée dans Jacques Werner, *Some Comments on the NAFTA Chapter 11 Case : ADF Group Inc and United States of America* (2003) 4.1 J'al World Inv't 113 aux p. 115-118.

¹⁵ Article 1103 : Traitement de la nation la plus favorisée

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par les investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A1103>.

¹⁶ Ces deux documents peuvent être consultés sur le site Naftalaw : <<http://www.naftalaw.org>> (en anglais).

¹⁷ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 au par. 127.

compétence du Tribunal, d'après les dispositions pertinentes de l'ALENA, on peut lire que la Notification d'intention doit contenir « les dispositions du présent accord qui sont présumées avoir été violées, et toute autre disposition pertinente »¹⁸. Une logique purement mécanique voudrait, comme l'argumente le défendeur, que l'absence de mention explicite de la part du demandeur exclurait en effet l'article non mentionné¹⁹.

Le Tribunal adopte une interprétation téléologique de cette disposition en constatant que le terme « pertinente » dépend du but poursuivi par le demandeur lors de ses notifications, et en particuliers des démonstrations juridiques produites dans celles-ci. Le Tribunal prend ainsi le parti d'affirmer qu'il paraît difficile de soutenir qu'une omission de mentionner une disposition, alors que la violation de la substance de cette disposition fait partie intégrante de la demande du défendeur, pourrait conduire à ne pas s'intéresser à cette violation potentielle d'un article du Chapitre 11²⁰. De plus, « the respondent has not shown that it has sustained any prejudice by virtue of the non-specification of Article 1103 as one of the provisions allegedly breached by the respondent »²¹. Il semble donc logique que le Tribunal accepte d'être compétent pour les demandes relatives à l'article 1103²².

Nous pensons que ce Tribunal adopte une méthode convaincante quant à la détermination de sa propre compétence. Ce procédé devrait être réutilisé à l'avenir. Comme le note un éminent praticien du droit des investissements

[I]tigation experience teaches that, quite often, the precise contours of a case appear only after parties have first exchanged their arguments and that the claiming party, in all good faith, is just not in the position to define precisely the legal provisions on which it relies in its initial complaint.²³

La position du Tribunal semble donc être en conformité avec la réalité de l'arbitrage en matière de droit des investissements.

Cependant, les tribunaux à l'avenir se doivent d'éviter un écueil majeur : la manipulation par les parties. La nécessaire flexibilité apportée par la vision des arbitres en l'espèce peut encourager les parties à tenter d'abuser de cette procédure par des manœuvres visant à paralyser ou ralentir le règlement d'un différend. Une vigilance accrue des arbitres est nécessaire afin d'éviter des complications indues de leurs procédures arbitrales.

¹⁸ Article 1119(1)(c) de l'ALENA : dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A1119>.

¹⁹ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 au par. 129.

²⁰ *Ibid* aux par. 134-137.

²¹ *Ibid* aux par. 138.

²² Le Tribunal refusera l'argumentation du demandeur de manière concise. Ce refus n'appelle pas de commentaires approfondis car l'analyse de la disposition n'est pas innovante : *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 aux par. 193-198.

²³ Jacques Werner, *supra* note 14 à la p. 119.

Pour conclure sur ce problème et être exhaustif, une seconde question de compétence a été soulevée par le défendeur concernant la possibilité pour le Tribunal d'entendre d'autres plaintes relatives à des projets routiers autres que le *Springfield Interchange Project*. Le Tribunal ne se reconnaît pas compétent pour juger de ces autres projets car la preuve de la violation de dispositions du Chapitre 11 n'a pas été apportée pour ces autres constructions²⁴.

B. Le refus du tribunal de reconnaître les violations alléguées des Articles 1102 et 1106

Le Tribunal analyse les articles 1102 et 1106 conjointement du fait de la défense des États-Unis qui oppose le même moyen aux deux dispositions: l'article 1108(7)(a) et (8)(b) en matière de contrats gouvernementaux.

1. DE L'INTERPRÉTATION DES DISPOSITIONS CONTESTÉES DANS LE CONTEXTE PLUS GÉNÉRAL DE L'ALENA

De manière préliminaire, les arbitres énoncent qu'aux fins de leurs analyses il ne faudra pas interpréter les dispositions de manière restrictive. Il faudra *a contrario* avoir une vision générale de leur intégration dans le système plus vaste du traité de l'ALENA, ainsi que l'indique l'article 102(2) de cet accord²⁵. En conformité avec le droit international coutumier, l'interprétation de la volonté des parties doit être effectuée selon « the words in fact used by the parties in that paragraph »²⁶. Cela signifie donc que « [t]he particular provisions under examination must, of course, be scrutinized in context, but that context is constituted chiefly by the other relevant provisions of NAFTA »²⁷.

Le tribunal explique qu'en raison de la complexité de l'accord, indiquant même que ce dernier est « arguably the most complex free trade agreement currently in existence »²⁸, ce serait une erreur de ne pas faire référence aux autres chapitres de l'accord qui pourraient avoir une influence sur les dispositions analysées en l'espèce. Cette position claire et précise concernant le mode d'interprétation des dispositions semble être aussi une vision amenée à perdurer au delà de cette sentence. La respectabilité des arbitres ainsi que la position de principe englobant toute disposition

²⁴ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 aux par. 140-146.

²⁵ 2. Les Parties interpréteront et appliqueront les dispositions du présent accord à la lumière des objectifs énoncés au paragraphe 1 et en conformité avec les règles applicables du droit international. Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A102>.

²⁶ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 au par. 147.

²⁷ Jacques Werner, *supra* note 14 à la p. 119.

²⁸ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 au par. 148.

pertinente lors d'un litige pousseront vraisemblablement de futurs tribunaux à étudier une telle prise de position pour leur propre arbitrage²⁹.

C'est en ayant à l'esprit cette méthode d'interprétation que les arbitres ont analysé les dispositions du traité en l'espèce.

2. ARTICLE 1102 : UN GOÛT D'INACHEVÉ

L'article 1102 de l'ALENA énonce le principe du traitement national devant être accordé aux investisseurs d'une partie contractante³⁰. Avant d'analyser *per se* la disposition, les arbitres, de manière très appliquée, s'assurent de la compétence *ratione personae* et *ratione materiae* du tribunal concernant la notion d'investissement et, par ricochet, la notion d'investisseur selon l'article 1139. Ce dernier donne une liste de définitions des termes employés dans le Chapitre 11³¹. Le défendeur n'ayant pas contesté qu'ADF soit un investisseur et qu'ADF international était à la fois une « entreprise » et un « investissement », cette vérification de principe est effectuée très rapidement³².

L'analyse doit donc se focaliser sur la question suivante « whether these investments on the part of the Investor (e.g., its steel in the U.S.) are treated differently than the U.S. (origin steel of U.S. investors is treated) in like circumstances »³³. La réponse du Tribunal et son examen du problème sont rapides car en trois paragraphes et en un peu plus de deux pages, la question est tranchée : « the Investor has failed to show that the U.S. measures are inconsistent with the requirements of NAFTA Article 1102 »³⁴. Le raisonnement du tribunal est en effet relativement simple car le demandeur n'a pas su prouver la différence de traitement

²⁹ Nous sommes d'accord avec Jacques Werner quand il affirme que cette vision d'interprétation de l'ALENA perdurera « both due to the respect which Mr. Feliciano's career as a constitutional judge commands and because of the way these views do justice to the extraordinary complexity of the NAFTA treaty » dans Jacques Werner, *supra* note 14 à la p. 120.

³⁰ Les passages pertinents pour l'espèce sont les suivants:

Article 1102 : Traitement national

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A1102>.

³¹ *Ibid.*, à l'adresse <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=337#A1139>.

³² *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 aux par. 151-154.

³³ *Ibid.*, au par. 155.

³⁴ *Ibid.*, au par. 158.

entre un investisseur étranger et un investisseur américain. Tous deux doivent acheter et transformer l'acier aux États-Unis de la même manière, sans discrimination. Le demandeur « did not identify a U.S. steel manufacturer or fabricator which, by virtue of its nationality, had been exempted from the requirements of the « Buy America » provisions »³⁵ ce qui ne lui permet donc pas de remplir les conditions de l'article 1102.

Pour être entièrement exhaustif, le tribunal regarde par ailleurs si, *de facto*, il n'y avait pas de violations de 1102, comme aucune violation n'avait pu être constatée *de jure*. La charge de la preuve incombait à l'Investisseur car les États-Unis avaient préalablement apporté la preuve qu'il y avait, sur leur territoire, des unités de production capables de fournir ce qui était demandé à ADF. Ce dernier n'a pas pu apporter la preuve que ADF International était traité de manière moins favorable que les producteurs nationaux, que ce soit *de jure* ou *de facto*³⁶.

Le refus des arbitres de condamner les États-Unis sur ce fondement peut laisser un goût amer comme le constate Jacques Werner³⁷. En effet, les mêmes obligations sont imposées aux fabricants américains et aux fabricants canadiens mais les conséquences économiques ne sont clairement pas les mêmes. L'obligation pour les nationaux n'engendre pas le même genre de coût, absence d'un niveau supplémentaire de sous-traitance, que pour une entreprise canadienne ou mexicaine. L'Investisseur n'ayant pas réussi à prouver une telle différence de coût, ce n'était certainement pas au Tribunal de s'y substituer mais « this does not alter the fact that the end result is quite unsatisfactory »³⁸.

3. ARTICLE 1106 OU L'INCAPACITÉ DE L'INVESTISSEUR À PROUVER SES AFFIRMATIONS

Cette disposition et son analyse par le tribunal sont moins sujettes à controverse et moins importantes pour l'influence de cette décision dans de futurs arbitrages sur le fondement de l'ALENA. Nous ne l'évoquerons donc que brièvement en résumant les points examinés par les arbitres.

Le fait que la mesure soit une prescription de résultat avec un contenu national au terme de l'Article 1106³⁹ n'est pas réfuté par le défendeur. Celui-ci

³⁵ *Ibid*, au par. 156.

³⁶ *Ibid*, au par. 157.

³⁷ Jacques Werner, *supra* note 14 à la p. 122.

³⁸ *Ibid*, à la p. 122.

³⁹ Les passages pertinents pour l'espèce sont les suivants:

Article 1106 : Prescriptions de résultats

1. Aucune des Parties ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes, ou faire exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers :

a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services;
b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national;

argumente que sa législation est couverte par l'Article 1108(7)(a)(b) et (8)(b)⁴⁰ concernant les achats effectués par une Partie à l'accord et que donc l'Article 1106 ne peut s'appliquer. Le Tribunal analyse par conséquent ces dispositions, ainsi que le droit international général en matière d'imputabilité à un État du fait d'activités de ses subdivisions administratives, pour arriver à la conclusion que l'entité fédérée responsable du contrat n'est pas couverte par l'exception de l'article 1108 car elle n'est pas mentionnée dans la liste fournie par les États-Unis concernant les entités pouvant être exemptées⁴¹. Ces déterminations sont extrêmement détaillées mais fort peu importantes pour le mécanisme de l'ALENA en général. Elles n'ont une valeur que pour le cas d'espèce.

Cependant, les mesures ne faisant pas partie de l'exception contenue dans l'article 1108, le Tribunal doit donc analyser les arguments avancés par l'Investisseur face à ces mesures. Ce dernier, une fois de plus, n'a pas été en mesure d'apporter la preuve de ce qu'il avançait. ADF a décrit la position de l'État de Virginie comme résultant d'une obligation imposée par les instances fédérales et que cet État fédéré devait répercuter sur les entreprises à qui il sous-traitait certains travaux publics. L'Investisseur s'est donc engagé dans des supputations et dans des argumentations « torturées » visant à prouver que l'aide fédérale était donc conditionnée à cette clause « Buy America »⁴². Le défendeur n'a pas réussi à prouver que la Virginie avait été « forcée » d'accepter cette condition et que donc aucune mesure ne violait l'article 1106⁴³.

C. L'Article 1105 ou l'apport du tribunal en matière de norme minimale de traitement au sein de l'ALENA

Si un article doit être stigmatisé comme ayant été à l'origine de plusieurs controverses, c'est bien l'Article 1105⁴⁴. Les différences de points de vue entre les

c) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire;

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A1106>.

⁴⁰ Article 1108 : Réserves et exceptions

[...]

7. Les articles 1102, 1103 et 1107 ne s'appliquent pas

a) aux achats effectués par une Partie ou par une entreprise d'État, ou

b) aux subventions ou aux contributions fournies par une Partie ou par une entreprise d'État, y compris les emprunts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien gouvernemental.

8. Les dispositions [...]

b) des alinéas 1106(1)b), c), f) et g), et (3)a) et b) ne s'appliquent pas aux achats effectués par une Partie ou une entreprise d'État;

⁴¹ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 aux par. 159-170.

⁴² *Ibid* aux par. 171-172.

⁴³ *Ibid* aux par. 173-174.

⁴⁴ Les passages pertinents pour l'espèce sont les suivants:

Article 1105 : Norme minimale de traitement

premiers tribunaux arbitraux sur le fondement de l'ALENA⁴⁵ ont même encouragé la Commission du libre-échange (ci-après « CLE ») à émettre des *Notes d'interprétation* sur cette disposition⁴⁶. Le Tribunal va donc effectuer un raisonnement en deux étapes : déterminer sa position face à la nature de cette disposition de l'ALENA (1) puis l'appliquer aux arguments du demandeur (2).

1. ARTICLE 1105 : COUTUME OR NOT COUTUME?

Le tribunal semble prendre une approche assez originale et très didactique car il commence par soutenir la CLE et son interprétation en expliquant sa composition (des représentants ayant une position élevée dans la hiérarchie politique des États parties), son mandat ainsi que le caractère obligatoire de ses interprétations⁴⁷. Cette « explication de texte », qui se poursuit tout a long de la sentence, peut paraître étrange mais elle résulte d'un facteur qui n'est pas mentionné par le tribunal : la sentence *Pope & Talbot*⁴⁸.

Le Tribunal dans cette sentence de 2002 sur les dommages intérêts a donné son avis dans un *obiter dictum* sur la nature des *Notes* en affirmant « were the Tribunal required to make a determination whether the Commission's action is an

1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A1105>.

⁴⁵ Voir *Azinian c. États-Unis du Mexique* (1999) 14 ICSID Rev. – Foreign Inv. L. J. 538, (Mécanisme supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) ; *Metalclad Corp c. États-Unis du Mexique*, 2 septembre 2000, 5 ICSID Reports 212, (Mécanisme supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) ; *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, 13 novembre 2000, en ligne : <<http://www.naftaclaims.com>> (ALENA – CNUDCI) ; *Pope & Talbot, Inc. c. Gouvernement du Canada*, 10 avril 2001, en ligne : <<http://www.naftaclaims.com>>, (ALENA – CNUDCI) ; et l'analyse dans Patrick G. Foy et Robert J.C. Deane, « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement » (2001) 16 ICSID Review – For. Inv't L. J. 299, à la p. 301 et s.

⁴⁶ Reproduit sur le site internet du Ministère des Affaires Étrangères et du Commerce International du Canada : <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>> : Norme minimale de traitement conforme au droit international

1. L'article 1105(1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers.

3. La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105(1).

⁴⁷ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 au par. 176.

⁴⁸ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence sur les dommages-intérêts, sur le site : <www.naftalaw.org>, 31 mai 2002, 3 J'al World Inv't 693.

interpretation or an amendment, it would choose the latter »⁴⁹. Le Tribunal dans cette affaire a simplement oublié une règle élémentaire en matière de droit des traités à savoir le respect du régime créé par un traité lors de l'application de l'une de ces dispositions⁵⁰. Les arbitres en l'espèce n'ont pas appliqué certains articles de l'accord et notamment l'article 1131 qui indique que les interprétations de la CLE seront obligatoires pour un tribunal ayant à statuer sur une disposition ayant été interprétée⁵¹. Le Tribunal, en contestant l'interprétation dans son *obiter dictum*, a donc violé une disposition du traité mais aussi semé le doute dans l'esprit de certains quant à l'utilité du Chapitre 11⁵².

La position du tribunal dans *Pope & Talbot* a aussi été contestée en doctrine à de nombreuses reprises. Cette position a été perçue comme une extension illégitime et dangereuse de ses pouvoirs par un tribunal arbitral oubliant l'esprit et la lettre du traité sur le fondement duquel il était constitué⁵³.

⁴⁹ *Ibid*, au par. 47.

⁵⁰ Article 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes [...]

Dans *Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, 23 mai 1969, en ligne : site de Juris International <http://www.jurisint.org/pub/01/fr/doc/421_1.htm> (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁵¹ Article 1131 : Droit applicable

1. Un tribunal institué en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international.

2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A1131>.

⁵² Malgré l'interprétation de la CLE, et avant même la sentence sur les dommages et intérêts dans *Pope & Talbot*, le Chapitre 11 n'était plus vu comme un bénéfice pour l'investisseur mais comme un danger pour des législations internes légitimes du fait des vues divergents des tribunaux ayant statué sur l'article 1105 particulièrement – *supra* note 45 – comme le démontre cette lettre au Président Bush : NAFTA's investment provisions have opened the door to a number of Unexpected legal challenges brought before international tribunals by foreign companies seeking financial compensation from governments. Many of these challenges have been brought on the grounds that foreign investors must be compensated when regulation entirely within the scope of traditional governmental authority over the environment, health and safety or government purchasing negatively affects their business interests. Under the vague and overly broad language in the substantive provisions of Chapter 11, the actions against the United States could result in outcomes that would not be possible if the challenges were brought in domestic courts, thereby granting to foreign investors greater rights than those that are available to U.S. citizens in *Letter from twelve members of the United States House of Representatives to President George W. Bush*, 4 octobre 2001, Patrick G. Foy et Robert J.C. Deane, *supra* note 45, à la p. 299.

⁵³ Voir la nombreuse littérature sur le sujet, notamment : Patrick Dumberry, « The quest to define 'fair and equitable treatment' for Investors under international law – The case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards » (2002) 3 J. World Inv't 657 ; Patrick Dumberry, « Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada – Fair and Equitable Treatment For Investors Under International Law: An Overview of the Recent NAFTA Chapter 11 Awards » 20 A.S.A. Bull. 453 ; J. Anthony Vanduzer, « NAFTA Chapter 11 to Date: The Progress of a Work in Progress » (Présentation pour la

Les arbitres dans l'affaire ADF, malgré les deux sentences favorables à l'esprit du traité rendues dans le laps de temps⁵⁴, indiquent à nouveau la voie à suivre conformément au droit des traités. Cette explication permet au tribunal de réaffirmer que le mandat d'un Tribunal n'est pas de déterminer si les *Notes* sont un amendement ou une interprétation mais uniquement d'appliquer cette interprétation comme étant la volonté des parties au traité d'explicitier les obligations contenues dans celui-ci. Aucune disposition juridique, de plus, n'oblige le tribunal à faire une analyse des dispositions internes des États parties pour vérifier si l'*Interprétation* n'était pas un amendement qui aurait dû être ratifié avant d'être appliqué. Agir de la sorte pourrait en effet affaiblir le mécanisme d'interprétation imaginé par les parties lors de la rédaction de l'ALENA⁵⁵.

Après s'être donc attachés à déterminer leur position sur ce point, les arbitres poursuivent leur raisonnement en caractérisant les obligations substantielles à inclure dans l'article 1105. Le Tribunal réaffirme l'interprétation de la CLE indiquant que le traitement de l'article 1105 est le standard minimum de traitement garanti par le droit international coutumier qui inclut notamment la notion de traitement juste et équitable et de protection et sécurité intégrales. Même si cette affirmation est contestable, et a été contestée⁵⁶, c'est désormais celle qui prévaut au sein de l'ALENA⁵⁷.

Le Tribunal note donc en premier lieu que le traitement est un traitement international et ne doit pas être confondu avec le traitement national. Si ce dernier accorde un traitement inférieur au traitement garanti internationalement, les investisseurs étrangers se verront garantir un standard supérieur aux investisseurs nationaux⁵⁸. Cependant, l'apport de ce tribunal pour les décisions futures de l'ALENA concerne aussi son analyse de la coutume internationale en application de l'Article 1105(1). Ce dernier affirme, à juste titre, que la coutume est évolutive et que, donc, le traitement minimum garanti il y a 70 ans n'est plus le même aujourd'hui car son développement est incessant. C'est ainsi que le standard historique de la sentence *Neer*, concernant le traitement des personnes physiques mais souvent étendu aux

Conférence sur le Chapitre 11 de l'ALENA, Carleton University, Ottawa, Canada, 18 Janvier 2002), en ligne: Carleton University <www.carleton.ca/ctpl/chap11papers/vanduzer.htm>.

⁵⁴ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, supra note 9 et *United Parcel Service of American Inc. c. Gouvernement du Canada*, sentence sur la compétence, 22 novembre 2002, en ligne: <www.naftaclaims.com>, (ALENA-CNUDCI).

⁵⁵ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), supra note 11 au par. 177 et la prise de position dans le même sens de Jacques Werner, supra note 14 à la p. 122.

⁵⁶ Voir notamment les prises de positions concernant la notion de traitement juste et équitable comme standard de traitement différentiable du standard minimum de traitement en droit international public général, F.A. Mann, « Notes: British Treaties for the Promotion and Protection of Investments » (1981) 52 Brit. Y.B. Int'l L. 240 ; Stephen Vasciannie, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice » (1999) 70 Brit. Y.B. Int'l L. 99 ; ainsi que notre démonstration dans le Chapitre 3 intitulé *The Status of Fair and Equitable Treatment in Public International Law : What Foundations for this Standard ?* dans Julien Fouret, supra note 7 aux p. 103-142.

⁵⁷ *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), supra note 11 au par. 178.

⁵⁸ *Ibid.*

biens, n'est plus retenu car il ne reflète plus la réalité du droit des investissements. Le Tribunal est appuyé et inspiré dans sa prise de position par la décision dans *Mondev*⁵⁹.

Cependant, les parties au différend n'ont pu prouver qu'il existait une obligation autonome et indépendante en droit coutumier d'accorder un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité intégrales aux investissements, composantes de la norme minimale de traitement selon les tribunaux de l'ALENA. Pour le Tribunal, « [t]he Investor, for instance, has not shown that such a requirement has been brought into the corpus of present day customary international law by the many hundreds of bilateral investment treaties now extant »⁶⁰. La norme minimale de traitement est par conséquent une obligation générale qui découle de l'Article 1105(1) et non pas plusieurs obligations autonomes de traitement. Les arbitres ont uniquement appliqué et suivi l'interprétation de la CLE ce qui permet, nous le pensons, de mettre fin à la controverse eu égard à l'Article 1105⁶¹ mais pas forcément concernant la notion de traitement juste et équitable en droit international public général.

L'article 1105 dispose donc d'une obligation générale « with normative consequences »⁶². La question désormais posée par le tribunal est de savoir si les mesures américaines violent cette obligation générale.

2. L'APPLICATION DE L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1105 AUX MESURES AMÉRICAINES

Quatre arguments ont été avancés par l'Investisseur pour prouver que l'Article 1105(1) a été violé. Tous sont réfutés par le Tribunal.

Tout d'abord, les mesures américaines seraient en elle même injustes et inéquitable dans le contexte de l'ALENA. La réponse du tribunal est cinglante : « [w]e find this *per se* argument unconvincing »⁶³. L'obligation de contenu national et les prescriptions de résultats sont un lieu commun en matière de contrats avec une entité publique au sein de l'ALENA comme dans beaucoup de systèmes juridiques nationaux. C'est pourquoi « the U.S. measures cannot be characterized as idiosyncratic or aberrant and arbitrary »⁶⁴.

Le deuxième argument est le refus par l'autorités fédérale compétente, la FHWA, de se conformer avec la jurisprudence administrative préexistante qui pourrait régir certains des faits du différend. L'Investisseur utilise une jurisprudence analysant un acte législatif de 1933, contenant aussi une clause « Buy America », mais pas la loi qui lui est applicable de 1982 qui comporte « substantial textual

⁵⁹ *Ibid*, aux par. 179-181.

⁶⁰ *Ibid*, au par. 183.

⁶¹ Comme nous l'avons dit ailleurs, « the Tribunal straightforwardly followed the FTC's interpretation as, 'binding upon the Tribunal', indicating the growing reasonableness and awareness of the arbitrators in the application of 1105 to a particular issue ». Julien Fouret, *supra* note 7 à la p. 100.

⁶² *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 11 au par. 185-186.

⁶³ *Ibid* au par. 188.

⁶⁴ *Ibid*.

differences »⁶⁵. L'Investisseur n'a pas réussi à prouver que l'on pouvait appliquer la jurisprudence à la loi de 1982. Pour le Tribunal, cela découle d'une erreur dans l'appréciation de la jurisprudence par un conseil américain du demandeur⁶⁶.

Le troisième argument serait que les actes de la FHWA auraient été pris *ultra vires*. L'Investisseur n'a pas été capable d'établir *prima facie* et de manière irréfutable cette affirmation. Eut-il accompli cette tâche, cela n'aurait cependant pas permis au Tribunal de décider de la validité de mesures administratives internes. En outre, un acte illégal, un manque d'autorité, « [do] not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1) »⁶⁷.

Enfin, le défendeur aurait manqué à son obligation de bonne foi dans l'exécution de ses obligations ce qui violerait le droit international coutumier. Cependant, l'Investisseur avance cet argument sans réellement tenter de prouver que certains des refus qu'il a essuyé étaient arbitraires, que d'autres compagnies avaient été traités différemment dans les mêmes circonstances ou que les obligations qu'on lui imposaient étaient impossible à atteindre⁶⁸.

* * *

Cette sentence permet à l'ALENA de retrouver une certaine homogénéité dans les décisions des tribunaux arbitraux formés sur le fondement du Chapitre 11. Si l'appréciation de sa compétence par le tribunal est très intéressante et si l'application de l'article 1102 est *a contrario* assez décevante, les futurs demandeurs peuvent cependant être rassurés quant au contenu de l'Article 1105. Une contestation des *Notes d'interprétation* sera vraisemblablement « severely curtailed »⁶⁹ dans le futur pour garantir une sécurité juridique défailante par le passé. Nous pensons donc que l'ALENA a trouvé, grâce entre autre à cette sentence, une utilisation et une interprétation raisonnable de la notion de traitement juste et équitable en son sein. Le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements au sein de l'accord nord-américain est enfin arrivé à la maturité escomptée lors de sa rédaction.

⁶⁵ *Ibid* au par. 189.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid* au par. 190.

⁶⁸ *Ibid* au par. 191.

⁶⁹ Patrick Dumberry, *supra* note 53 à la p. 466.

II. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique*⁷⁰

Composition du Tribunal : M. Horacio A. Grigera Naón, Président; M. José Carlos Fernández Rozas et M. Carlos Bernal Vereza, membres.

La sentence notifiée aux parties le 29 mai 2003 dans l'affaire opposant la société espagnole Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.-ci-après « Tecmed » au Mexique a été rendue sur le fondement de l'*Accord pour la promotion et la protection réciproques des investissements conclu entre l'Espagne et le Mexique* le 23 juin 1995 (ci-après le « BIT »), en application du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, puisque le Mexique n'est pas partie à la *Convention de Washington*. Elle tranche simultanément des questions de compétence et de fond dans un litige marqué par des considérations de protection de l'environnement, ce qui est de plus en plus fréquent dans les affaires relatives à des investissements internationaux⁷¹.

Le litige découle de l'investissement réalisé en 1996 par Tecmed, via des sociétés de droit mexicain détenues à 99%, dans l'exploitation d'un site d'enfouissement de déchets toxiques situé dans la province de Sonora au Mexique. En novembre 1998, l'Institut national d'écologie, une entité relevant du ministère de l'environnement mexicain, a adopté une résolution par laquelle il refusait de renouveler le permis d'exploitation de ce site, cédant, selon Tecmed, à l'activisme de groupes de pression politique et populaire hostiles à la localisation de ce site. Pour l'investisseur, cette mesure a réduit à néant son investissement puisque la licence délivrée par les autorités mexicaines conditionne toute activité sur le site. La demande de Tecmed porte sur la réparation du préjudice principalement subi du fait de l'expropriation sans contrepartie de son investissement et des manquements du

⁷⁰ Affaire n° ARB(AF)/00/2, 29 mai 2003, en ligne : site internet du CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award21>>, (Mécanisme Supplémentaire). Original en espagnol, traduction non officielle en anglais publiée sur le site du CIRDI. Le présent commentaire a été établi à partir de la traduction anglaise.

⁷¹ Voir, déjà, contre le Mexique : *Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique* (2000), Affaire No. ARB(AF)/97/1, 5 ICSID Rep. 212 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et en extraits traduits en français en 2002 au 129 J.D.I. 233 avec les observations d'Emmanuel Gaillard; *Robert Azinian et autres c. États-Unis du Mexique* (1999), Affaire No. ARB(AF)/97/2, 5 ICSID Rep. 272 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et en extraits traduits en français en 2002 au 127 J.D.I. 150 avec les observations d'Emmanuel Gaillard; *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique* (2000), Affaire No. ARB(AF)/98/2, (2000) 15 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 214 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements), et *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (2002), Affaire No. ARB(AF)/00/3) 41 ILM 1315, au par. 26 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et nos commentaires Julien Fourret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fourret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. Voir également sur ce sujet, Mark F. Rosenberg et Michael A. Cheah, « Arbitrating Environmental Disputes » (2001) 16 ICSID Rev. – FILJ 39 ; Thomas H. Wälde et Abba Kolo, « Environmental Regulation, Regulatory Taking and International Law » (2001) 50 I.C.L.Q. 811 et, plus généralement, Malgosia A. Fitzmaurice, « International Protection of the Environment » (2001) 293 Rec. des Cours 9.

Mexique à son obligation d'accorder aux investisseurs espagnols un traitement juste et équitable et une protection pleine et entière, en violation des dispositions du BIT.

En application du titre 3 de l'annexe au BIT, le différend a été porté devant un tribunal arbitral composé de M. Horacio Grigera Naón, président, de M. José Carlos Fernández Rozas, nommé par Tecmed, et de M. Carlos Bernal Vereza, nommé par le Mexique. Dans leur sentence, les arbitres ont statué à titre préliminaire sur une objection mexicaine portant sur la compétence du tribunal pour les faits qui ont eu lieu avant l'entrée en vigueur du BIT **(A)** avant de se prononcer sur le fond de la demande de réparation formulée par l'investisseur **(B)**.

A. L'objection mexicaine à la compétence du tribunal

Le Mexique a contesté la compétence du tribunal arbitral pour connaître des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du BIT liant l'Espagne et le Mexique. Signé le 23 juin 1995, celui-ci n'est entré en vigueur que le 18 décembre 1996. Or, Tecmed a remporté l'appel d'offre municipal relatif à l'exploitation du site d'enfouissement des déchets quelques mois plus tôt, le 16 février 1996. Pour statuer à titre préliminaire sur sa propre compétence, le tribunal a donc dû interpréter l'article 2(2) du BIT relatif à la protection des investissements effectués avant l'entrée en vigueur du Traité **(1)** tout en rejetant la prétention de l'investisseur de recourir, sur cette question, à la clause de la nation la plus favorisée **(2)**.

1. L'APPLICATION DU BIT AUX FAITS COMMIS AVANT SON ENTRÉE EN VIGUEUR

L'article 2(2) du BIT dispose que ce traité « *shall apply to investments made prior to its entry into force by the investors of a Contracting Party* ». Tecmed soutient que cet article assure la protection des investissements réalisés avant l'entrée en vigueur du BIT - ce qui n'est pas contesté par le Mexique - et couvre également les faits et actes affectant ces investissements qui se sont déroulés avant celle-ci. Pour l'investisseur espagnol, le tribunal arbitral doit apprécier et sanctionner l'ensemble des faits contraires au BIT et non seulement ceux postérieurs à son entrée en vigueur. En effet, le non-renouvellement de la licence d'exploitation du site d'enfouissement, en novembre 1998, constitue, selon lui, l'aboutissement d'une série de faits, actes et omissions qui, au fil des mois, ont affaibli sa position juridique et menacé son investissement au Mexique⁷².

La question était délicate : de nombreux BIT protègent les investissements réalisés avant leur entrée en vigueur mais restent muets sur la question des faits qui ont affecté les investissements réalisés avant leur entrée en vigueur. Confronté à cette question, le tribunal arbitral devait concilier les deux principes de droit international public qui lui étaient excipés respectivement par l'investisseur et le Mexique : d'une

⁷² *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique* (2003), en ligne : site internet du CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award21>> au par. 62 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements Mécanisme Supplémentaire).

part, celui établi à l'article 18 (a) de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* selon lequel « [u]n État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but [l]orsqu'il a signé le traité ou échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité »⁷³, et d'autre part, celui consacré à l'article 28 de la même Convention qui dispose qu'

[à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date.⁷⁴

Le tribunal arbitral statue sur cette difficulté en posant un principe, dont il dénie aussitôt l'application à la présente espèce. En effet, pour les arbitres, le BIT s'applique sans équivoque aux investissements réalisés avant son entrée en vigueur, « which suggests, as a logical conclusion that the situations surrounding investments existing at the time do not escape its provisions »⁷⁵. En principe, donc, l'interprétation de l'investisseur aurait prévalu si ce n'était les termes même des dispositions du BIT, rédigés au futur, qui impliquent que leur application est « forward-looking »⁷⁶. Le tribunal en conclut donc que « the continuous use of the future tense [...] rules out any interpretation to the effect that the provisions of the Agreement, even in relation to investments existing as of the time of its entry into force, apply retroactively »⁷⁷.

Si, en vertu de cette conclusion, le tribunal se refuse à sanctionner des agissements du Mexique, contraires aux engagements du BIT, commis avant l'entrée en vigueur de celui-ci⁷⁸, il reste que ceux-ci rentrent dans le champ de compétence du tribunal en tant que « constituting part, concurrent factor or aggravating or mitigation element of conduct or acts or omissions of the Respondent which took place after [the entry into force of the BIT] »⁷⁹. Le principe est proche de celui déjà formulé par un autre tribunal constitué en application du Règlement du Mécanisme supplémentaire dans l'affaire *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*⁸⁰. Dans l'affaire *Tecmed*, le tribunal se conforme donc au principe de bonne foi en droit des traités internationaux citant le tribunal arbitral mixte gréco-turc dans l'affaire *A.A. Megalidis c. Turquie* qui en donne une manifestation propre au droit des traités selon laquelle « avec la signature du Traité et avant sa mise en vigueur, [il est de principe qu'] il existe pour les parties contractantes une obligation de ne rien faire qui puisse nuire au Traité en diminuant la portée de ses clauses »⁸¹.

⁷³ *Ibid* au par. 53.

⁷⁴ *Ibid* au par. 54.

⁷⁵ *Ibid* au par. 64.

⁷⁶ *Ibid*.

⁷⁷ *Ibid* au par. 65.

⁷⁸ *Ibid* au par. 67.

⁷⁹ *Ibid* au par. 68.

⁸⁰ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (2002), Affaire No. ARB(AF)99/2, 42 ILM 85, au par. 70, voir également les commentaires de Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 71.

⁸¹ En français dans le texte de la sentence, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.*, *supra* note 72 au par. 71 et réf. citée.

2 LA TENTATIVE D'APPLICATION DE LA CLAUSE DE LA NATION PLUS FAVORISÉE POUR ÉTENDRE LE CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL DU BIT

Au soutien de sa prétention de voir le tribunal statuer sur les faits antérieurs à l'entrée en vigueur du BIT, Tecmed avait soutenu dans son *closing statement* que le précédent établi par la décision sur la compétence du 25 janvier 2000 dans l'affaire *Maffezini c. Royaume d'Espagne*⁸² lui permettait, en application de la clause de la nation la plus favorisée⁸³, de se prévaloir des dispositions plus favorables en matière de rétroactivité du *Traité de protection des investissements conclu entre le Mexique et l'Autriche* le 29 juin 1999.

En effet, le tribunal constitué dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* avait fait droit à l'argument du demandeur argentin qui prétendait se prévaloir, en application de la clause de la nation la plus favorisée, des dispositions plus favorables du *Traité de protection des investissements conclu entre le Chili et l'Espagne*, pour contourner l'obligation de soumettre au préalable son différend aux tribunaux espagnols⁸⁴. Les arbitres avaient jugé que l'investisseur avait

convincingly demonstrated that the most favored nation clause included in the Argentine-Spain BIT embraces the dispute settlement provisions of this treaty. Therefore, relying on the more favorable arrangements contained in the Chile-Spain BIT and the legal policy adopted by Spain with regard to the treatment of its own investors abroad, the Tribunal concludes that the Claimant had the right to submit the instant dispute to arbitration without first accessing the Spanish courts.⁸⁵

Ce qu'il est convenu depuis d'appeler la « jurisprudence Maffezini » pourrait ouvrir aux investisseurs des voies nouvelles leur permettant de puiser dans d'autres traités de protection des investissements ce que leur propre traité ne leur permet pas. Cette possibilité pourrait ainsi permettre d'étendre le contenu de clauses relatives à la définition de l'investissement ou de la notion de contrôle étranger des sociétés de droit local, plus ou moins strictes d'un traité à l'autre, ou encore de se prévaloir de la clause de respect des engagements⁸⁶, plus ou moins répandue selon la pratique des

⁸² *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Affaire N°ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, 40 ILM 1129 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁸³ Article 8(1) du BIT : « Si les dispositions légales de l'une des Parties contractantes, ou les obligations actuelles ou futures émanant du droit international hors du présent Accord entre les Parties contractantes, donnaient lieu à une réglementation générale ou spéciale qui impliquerait que les investissements d'investisseurs de l'autre Partie Contractante bénéficient d'un traitement plus favorable que celui établi dans le présent Accord, cette réglementation prévaudra sur le présent Accord, dans la mesure où elle sont plus favorables » (notre traduction).

⁸⁴ *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, *supra* note 82 aux par. 38-64.

⁸⁵ *Ibid* au par. 64.

⁸⁶ Sur cette clause, également connue sous le nom de « clause d'effet miroir » ou « umbrella clause » voir la décision 16 octobre 2002 dans l'affaire *SGS c. République islamique du Pakistan* (2002), Affaire No. ARB/01/13, 42 ILM 1290, aux par. 163-174, et en extraits traduits en français avec les observations d'Emmanuel Gaillard au 131 J.D.I (2004), à paraître ; et la décision du 29 janvier 2004

États. Fondée sur le principe du traitement le plus égalitaire possible des États, la clause la nation la plus favorisée

prevents discrimination and establishes equality of opportunity on the highest possible plane : the minimum of discrimination and the maximum of favours conceded to any third State. [...] [T]he use of the most favoured nation standard leads to the constant self adaptation of such treaties and greatly contributes to the rationalisation of international affairs.⁸⁷

Dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, le tribunal a adopté une vision restrictive de l'application de cette clause et de la « jurisprudence Maffezini » en excluant la possibilité de se prévaloir des dispositions de traités plus favorables pour ce qui concerne leurs « substantive provisions, rather than matters of procedure or jurisdiction, due to their significance and importance [which] go to the core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties »⁸⁸. Considérant que la clause relative à l'application dans le temps du BIT constitue l'une de ces « substantive provisions », les arbitres en tirent pour conséquence que son application « cannot therefore be impaired by the principle contained in the most favored nation clause »⁸⁹.

Cette conception restrictive de l'application de la clause de la nation la plus favorisée suscite quelques réserves. En premier lieu, la clause de la nation la plus favorisée prévue à l'article 8(1) du BIT en cause ne contenait aucune restriction qu'il était loisible aux États contractants d'inclure s'ils avaient souhaité en restreindre le champ d'application. Au contraire, celle-ci est formulée de manière particulièrement large. En second lieu, l'interprétation donnée par le tribunal laisse à penser que les dispositions relatives au règlement des différends ne seraient pas des « substantive provisions ». Il est permis de ne pas adhérer à cette proposition, surtout si l'on se place du point de vue d'États, qui, comme l'Argentine, font face à des dizaines d'affaires initiées par des investisseurs sur le fondement des clauses de règlement des différends contenues dans les BIT auxquels cet État est partie. Enfin, la définition du tribunal de ce qui doit être considérée comme une « substantive provision » (« determining factors for [the] acceptance [by the Contracting Parties] of the Agreement »⁹⁰ sans lesquels les États parties « would not have entered into the Agreement »⁹¹) est par trop subjective et, dès lors, incertaine.

Dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, ces considérations n'ont pas eu de portée pratique puisque le Tribunal s'est par ailleurs estimé compétent pour statuer sur les demandes de l'investisseur. Elles contribuent principalement à enrichir le débat sur

dans l'affaire *SGS c. République des Philippines* (2004), Affaire No. ARB/02/6, en ligne : site du CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>> aux par. 113-129.

⁸⁷ G. Schwarzenberger, « The Most-Favoured-Nation Treatment in British State Practice » (1945) 22 Brit. Y.B. Int'l L. 96 aux p. 99-100.

⁸⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A., supra* note 72 au par. 69.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid* au par. 69.

⁹¹ *Ibid* au par. 74.

l'invocation des clauses de la nation la plus favorisée dans les arbitrages fondés sur des traités.

B. L'appréciation par le tribunal des violations du BIT imputées au Mexique

S'étant estimé compétent, le tribunal statue de manière tout à fait classique sur les demandes de Tecmed. Reprenant les dispositions du BIT, les arbitres apprécient en premier lieu la violation par le Mexique **(1)** de l'obligation de s'abstenir de toute expropriation ou nationalisation prévue à l'article 5 du BIT, **(2)** de l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable en application de l'article 4(1) du BIT et **(3)** de l'obligation d'assurer une sécurité et une protection pleines et entières et un traitement similaire à celui des ressortissants mexicains en application de l'article 3(1) et 4(2) du BIT.

1. LE NON-RENOUVELLEMENT DE LA LICENCE D'EXPLOITATION CONSTITUE UNE MESURE D'EXPROPRIATION

Le tribunal arbitral apprécie la validité, au regard du BIT, de la Résolution de l'Institut national d'écologie mexicain portant non-renouvellement de la licence d'exploitation du site d'enfouissement des déchets toxiques exploité par Tecmed, imputable à l'État mexicain⁹², en des termes classiques.

En application des dispositions du BIT et du droit international, comme indiqué à l'article 6, alinéa 1 de l'annexe au BIT⁹³, les arbitres s'attachent autant aux effets de la mesure qu'à la mesure elle-même⁹⁴. Ils relèvent en premier lieu que cette mesure est irréversible et permanente principalement que dès lors que la localisation même du site, à proximité de concentrations urbaines, a fondé la décision des autorités mexicaines

there is no doubt that in the future, the landfill may not be used for the activity for which it has been used in the past and that Cytrar's⁹⁵ economic and commercial operations in the Landfill [...] have been fully and irrevocably destroyed.⁹⁶

⁹² Les arbitres relèvent de manière semble-t-il non contestée, que les actes et agissements de l'Institut national d'écologie « (an entity of the United Mexican States in charge of designing Mexican ecological and environmental policy and of concentrating the issuance of all environmental regulations and standards), are attributable to the Respondent under international law », *Ibid* au par. 151.

⁹³ Annexe au BIT, Titre 6, alinéa 1, « Tout tribunal constitué conformément à cette annexe tranchera les différends qui lui sont soumis conformément aux dispositions de cet Accord et aux règles applicables de droit international » [notre traduction].

⁹⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.*, *supra* note 72 au par. 115.

⁹⁵ Cytrar est la filiale de droit local du demandeur, créée spécialement pour l'exploitation du site.

⁹⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.*, *supra* note 72 au par. 117.

Après avoir relevé qu'il importe peu que la résolution portant non-renouvellement de la licence ait été prise en conformité avec le droit mexicain si elle viole le BIT et le droit international⁹⁷, le tribunal relève que cette résolution n'a pas été adoptée pour protéger légitimement un quelconque intérêt public puisque la pression publique à laquelle faisaient face les autorités mexicaines

did not give rise, in the opinion of the Arbitral Tribunal, to a serious urgent situation, crisis, need or social emergency that, weighed against the deprivation or neutralization of the economic or commercial value of the value of the Claimant's investment, permits reaching the conclusion that the Resolution did not amount to an expropriation under the Agreement and international law.⁹⁸

De ces considérations, le Tribunal conclut que « the Resolution and its effects amount to an expropriation in violation of Article 5 of the Agreement and international law »⁹⁹.

2. LES ACTES ET OMISSIONS DES AUTORITÉS MEXICAINES CONSTITUENT DES MESURES CONTRAIRES À L'OBLIGATION D'ASSURER UN TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE

De manière tout aussi classique, le tribunal décide que « INE's behavior, as analyzed in paragraphs 153-164 above [...] conflicts with what a reasonable and unbiased observer would consider and that amounts to a violation of Article 4(1) of the Agreement »¹⁰⁰. Il a été établi, selon les arbitres, que Cytrar, la filiale locale de l'investisseur a pu croire en toute bonne foi que la localisation du site d'enfouissement des déchets pouvait être modifiée et que le permis d'exploitation serait valable jusqu'à la date du transfert du site. Or la décision de ne pas renouveler le permis d'exploitation est intervenue soudainement, sans concertation préalable et sans que Cytrar puisse faire de propositions alternatives, violant très clairement le principe de traitement juste et équitable du droit des investissements direct étrangers¹⁰¹.

⁹⁷ *Ibid* au par. 120.

⁹⁸ *Ibid* aux par. 139 et 147.

⁹⁹ *Ibid* au par. 151.

¹⁰⁰ *Ibid* au par. 166.

¹⁰¹ Pour une analyse globale de la notion de traitement juste et équitable en matière d'investissements directs étrangers voir Julien Fouret, *The Notion of Fair and Equitable Treatment of Foreign Direct Investment*, thèse de LL.M., Université McGill, 2003 [non publiée].

3. LES AUTORITÉS MEXICAINES N'ONT PAS VIOLÉ LEUR OBLIGATION D'ASSURER AUX INVESTISSEMENTS DE TECMED UNE PROTECTION ET UNE SÉCURITÉ PLEINE ET ENTIÈRE OU UN TRAITEMENT DIFFÉREND DE CELUI DES RESSORTISSANTS MEXICAINS

Pour le tribunal arbitral, les autorités mexicaines ont respecté leur obligation, découlant de l'article 3 du BIT, de fournir à Tecmed une protection et une sécurité pleine et entière. Les arbitres soulignent en effet que Tecmed n'a fourni aucune preuve de ce que les autorités mexicaines « have encouraged, fostered or contributed their support to the people or groups that conducted the community and political movements against the landfill, or that such authorities have participated in such movements »¹⁰² ou de ce que ses investissements

received, under similar circumstances, less favorable treatment than that afforded to nationals of the State receiving the investment or of a third State, or that said investment was subject to discriminatory treatment upon the basis of considerations relative to nationality or origin of the investment or the investor.¹⁰³

Il était donc logique que le tribunal ne reconnaisse pas cette violation de la part des autorités administratives mexicaines.

On pourra relever, pour conclure, que ce tribunal, comme ceux constitués dans les affaires *Compañía del Desarrollo de Santa Helena, S.A. c. République du Costa Rica*¹⁰⁴, *Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique*¹⁰⁵, *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte*¹⁰⁶ ou encore *Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. République arabe Égypte*¹⁰⁷ a octroyé à l'investisseur des intérêts composés confirmant ainsi la tendance générale en droit international à l'admission de tels intérêts comme étant seuls susceptibles de réparer les atteintes portées aux investissements internationaux.

¹⁰² *Ibid* au par. 176.

¹⁰³ *Ibid* au par. 181.

¹⁰⁴ *Compañía del Desarrollo de Santa Helena, S.A. c. République du Costa Rica* (2000), Affaire No. ARB/96/1, 5 ICSID Rep. 157 (2002), 39 ILM 1317 et en extraits traduits en français dans Emmanuel Gaillard, « Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (2001) 128 J.D.I. 149.

¹⁰⁵ Précitée, *supra*.

¹⁰⁶ *Wena Hotels Ltd. c. République Arabe d'Égypte* (2002), Affaire No. ARB/98/4, Sentence du 8 décembre 2000, 41 ILM 896 et Décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002, 41 ILM 933 (2002), 130 JDI 167 (2003) avec les commentaires d'Emmanuel Gaillard et les commentaires de Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 71.

¹⁰⁷ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. République arabe d'Égypte* (2002), Affaire No. ARB/99/6, Sentence du 12 avril 2002, en ligne : site du CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>> et commentée par Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 71.

III. *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. États-Unis du Mexique*¹⁰⁸

Composition du Tribunal: Professeur Konstantinos D. Kerameus, président; M. Jorge Covarrubias Bravo et Professeur David A. Gantz.

Cette décision fait suite à la sentence rendue le 16 décembre 2002¹⁰⁹ que nous avons commentée dans la précédente chronique¹¹⁰. Les faits de la sentence ayant été amplement analysés, il ne nous semble donc pas opportun de s'y attarder mais plutôt de s'atteler à comprendre dans quelle mesure cette décision est nécessaire pour la bonne application de la sentence. Il faut d'abord appréhender les possibilités offertes par le Mécanisme supplémentaire aux fins d'une décision interprétative et rectificatrice **(A)** En second lieu, nous devons analyser l'application faite par le Tribunal arbitral des dispositions de ce mécanisme : l'interprétation **(B)** et la correction **(C)**.

A. Les dispositions invocables devant un Tribunal en vertu du Mécanisme supplémentaire

Le Tribunal, comme lors de la sentence rendu en 2002, doit fonder sa compétence en matière d'interprétation et de rectification sur le Règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire, approuvé par le Conseil administratif du CIRDI le 27 septembre 1978¹¹¹. En effet, le Mexique n'est pas partie à la *Convention de Washington*. Trois articles du Règlement sont annoncé par le Tribunal comme devant s'appliquer à l'espèce : les Articles 56(1), 57(1) et 58(1)¹¹². Pour quiconque connaissant l'articulation des dispositions du Mécanisme supplémentaire, il semble étrange de mentionner l'article 58(1) qui traite des problèmes de frais de procédure et qui fait partie du Chapitre X sur les frais¹¹³ alors que les deux articles précédents sont

¹⁰⁸ Décision sur l'interprétation et la rectification de la sentence, 13 juin 2003, Affaire No. ARB(AF)/99/1, sur le site de Naftalaw: <<http://www.naftalaw.org>>, (Mécanisme supplémentaire).

¹⁰⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), Affaire No. ARB(AF)/99/1, sur le site du CIRDI: <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>>, (Mécanisme Supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

¹¹⁰ Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux », 2002 RQDI 15(2).

¹¹¹ Pour un survol rapide du Mécanisme supplémentaire voir, Aron Broches « The 'Additional Facility' of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) » dans Aron Broches, *Selected Essays : World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, aux p. 249-256.

¹¹² *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. États-Unis du Mexique* (2003), Décision sur l'interprétation et la rectification de la sentence, Affaire No. ARB(AF)/99/1, sur le site de Naftalaw: <<http://www.naftalw.org>>, aux par. 5-7 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

¹¹³ Chapitre X Frais

Article 58

Frais de procédure

(1) Sauf accord contraire des parties, le Tribunal décide des modalités de répartition et de paiement des honoraires et des frais des membres du Tribunal, des frais et redevances du Secrétariat et des dépenses

eux rattachés au Chapitre IX sur la sentence. Le Tribunal se fonde en fait sur l'ancienne numérotation des articles du Règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire qui sont dorénavant les articles 55(1), 56(1), 57(1)¹¹⁴ car le contenu des articles, mentionné par le Tribunal, est bien celui correspondant à une demande d'interprétation, de rectification et d'une décision supplémentaire. Cette nouvelle numérotation est récente car le Conseil administratif du CIRDI a amendé le 29 septembre 2002 le Règlement du Mécanisme supplémentaire. Cet amendement est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2003.

Les articles utilisés par le Tribunal sont donc les trois possibilités offertes pour revoir, rectifier ou modifier une sentence. Ces trois articles ayant été invoqués par les parties, le Tribunal peut donc s'appuyer sur ces trois dispositions¹¹⁵. Cependant, le Tribunal, pour éviter toute sentence supplémentaire, va écarter l'ancien article 58(1), et uniquement corriger la sentence de 2002¹¹⁶.

B. Le refus du Tribunal d'effectuer une interprétation substantielle

Le Tribunal statue donc en premier lieu sur le problème d'interprétation de la sentence¹¹⁷. Comme dans bon nombre de décisions de rectification et d'interprétation, le Tribunal se trouve confronté à une demande qui est plus proche d'une demande aux fins d'obtenir « a new decision »¹¹⁸ que d'une demande réelle d'interprétation de la sentence originelle.

engagées par les parties pour les besoins de la procédure. À cette fin le Tribunal peut inviter le Secréariat et les parties à lui fournir les renseignements dont il a besoin pour déterminer la répartition des frais de procédure entre les parties.

¹¹⁴ Article 55

Interprétation de la sentence

(1) Dans les 45 jours qui suivent la date à laquelle la sentence a été rendue, chacune des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au Secrétaire général d'en faire donner interprétation par le Tribunal.

Article 56

Rectification de la sentence

(1) Dans les 45 jours suivant la date à laquelle la sentence a été rendue, chacune des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au Secrétaire général de faire rectifier par le Tribunal toute erreur de calcul, toute erreur matérielle et typographique ou de nature analogue. Le Tribunal peut, pendant ce même délai, procéder à semblable rectification de sa propre initiative.

Article 57

Décisions supplémentaires

(1) Dans les 45 jours suivant la date à laquelle la sentence a été rendue, chacune des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au Tribunal, par l'intermédiaire du Secrétaire général, de trancher toute question qu'il a omis de régler dans la sentence.

¹¹⁵ *Request for Rectification - Mexico*, 30 janvier 2003 et *Investor's Submission on Rectification*, 26 février 2003, sur le site Naftalaw : <<http://www.naftalaw.org/>>.

¹¹⁶ *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. États-Unis du Mexique* (2003), *supra* note 112 au par. 12.

¹¹⁷ *Ibid* aux par. 9-11.

¹¹⁸ *Ibid* au par. 10.

En effet, le défendeur invoque l'Article 2105 de l'ALENA¹¹⁹ en raison de certaines informations divulguées qui ont conduit à la décision du Tribunal concernant l'article 1102¹²⁰ de l'accord susmentionné.

Cependant, et à juste titre, cette disposition, visant à protéger les parties contre la production d'informations non autorisée par leur législation interne, est écartée par les arbitres car elle n'a jamais été utilisée à l'encontre du défendeur et n'a même pas été mentionnée lors des audiences de l'affaire au fond par celui-ci¹²¹. De plus, le Tribunal se défend d'avoir demandé des informations couvertes par cette disposition¹²².

Il apparaît ainsi comme évident que le défendeur utilise cette procédure d'interprétation afin de soumettre de nouveaux griefs, de plus infondés, qui pourraient remettre en cause une sentence lui étant défavorable. On pourrait presque qualifier cette attitude par le Mexique de manœuvre dilatoire, et désespérée, pour empêcher une application rapide et efficiente de la sentence.

C. Une correction nécessaire et consensuelle de la sentence

La deuxième demande du défendeur, appuyée par le demandeur¹²³, semble, *a contrario*, être légitime et juridiquement fondée¹²⁴. Le Tribunal fait droit, par ailleurs, à cette dernière demande.

En effet, le paragraphe 211 de la sentence ne mentionne pas CEMSA mais uniquement le terme « Claimant » comme bénéficiaire des dommages accordés par la sentence du 16 décembre 2002. Le Tribunal doit donc, en conformité avec l'article 1135¹²⁵, utiliser les formulations requises par l'ALENA. De plus, le paragraphe 214

¹¹⁹ Article 2105 : Divulgarion de renseignements

Aucune disposition du présent accord ne pourra être interprétée comme exigeant d'une Partie qu'elle fournisse des renseignements ou qu'elle donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à sa législation visant la protection de la vie privée ou des affaires et des comptes financiers de clients d'institutions financières.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, en ligne : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=354#A2105>.

¹²⁰ Dans ses passages pertinents, cet article dispose :

Article 1102 : Traitement national

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=336#A1102>.

¹²¹ *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. États-Unis du Mexique* (2003), *supra* note 112 au par. 11.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*, au par. 13.

¹²⁴ *Ibid.*, aux par. 12-13.

¹²⁵ Article 1135 : Sentence finale

omettait le « mandatory language in NAFTA » qui est donc intégré dans la sentence¹²⁶. Les paragraphes, sur la forme, sont donc corrigés par la présente décision sans nécessiter de décision supplémentaire¹²⁷.

Il est important de noter que la sentence originale a fait fi des dispositions formelles propre à l'ALENA pour la rédaction de la sentence. Les parties, protectrices de l'intégrité de l'Accord, ont donc demandé une correction afin de permettre une application uniforme, à l'avenir, des dispositions de l'accord, tant sur la forme que sur le fond. Cela permet de créer une sorte de formalisme propre à l'Accord nord-américain au sein du Mécanisme supplémentaire du CIRDI.

IV. *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*¹²⁸

Composition du Tribunal : M. [Sir] Anthony Mason, Président; M. Michael [Lord] Mustill et M. Abner J. Mikva.

La sentence rendue le 26 juin 2003 dans l'affaire opposant The Loewen Group, Inc., une société canadienne et Raymond L. Loewen, un ressortissant canadien (ci-après « Loewen » « les demandeurs » ou « les investisseurs ») aux États-Unis d'Amérique, rendue sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA en application du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI (le Canada n'étant pas partie à la Convention de Washington) revêt un intérêt considérable. Il est peu dire que l'affaire est passionnante et ce pour plusieurs raisons : les faits de l'espèce sont hors du commun, les questions posées au tribunal arbitral sont rarement débattues, l'analyse

1. Lorsqu'il rend une sentence finale à l'encontre d'une Partie, un tribunal pourra accorder uniquement, séparément ou en combinaison :

- a) des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable;
- b) la restitution de biens, auquel cas l'ordonnance disposera que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en remplacement d'une restitution.

Le tribunal pourra également imposer les dépens conformément aux règles d'arbitrage applicables.

2. Sous réserve du paragraphe 1, lorsqu'une plainte est déposée aux termes de l'article 1117(1) :

- a) l'ordonnance de restitution de biens précisera que la restitution doit être faite à l'entreprise;
- b) l'ordonnance de dommages pécuniaires précisera que la somme et tout intérêt applicable devront être payés à l'entreprise; et
- c) il sera précisé dans l'ordonnance qu'elle est sans préjudice du droit qu'une personne pourrait avoir au redressement en vertu de la législation intérieure applicable.

3. Un tribunal ne pourra ordonner à une Partie de payer des dommages-intérêts punitifs.

Dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?articleid=337#A1135>.

¹²⁶ *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. États-Unis du Mexique* (2003), *supra* note 112 au par. 14(b). Ces termes étant : « The Award is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under domestic applicable law ».

¹²⁷ *Ibid* au par. 13.

¹²⁸ Également publiée à (2003) 4 J. World Investment 675 et (2004) 131 JDI, à paraître avec les observations d'E. Gaillard.

juridique est stimulante ; quant aux réponses apportées par les arbitres, elles devraient susciter de nombreux débats doctrinaux tant elles sont discutables.

Les faits remontent à la fin des années 1980 lorsque les demandeurs, exploitants d'une importante entreprise de pompes funèbres, ont entrepris de développer leur activité dans l'État du Mississippi. La concurrence avec des entreprises locales bien implantées, détenues par les consorts O'Keefe a donné lieu à partir de 1992 à un âpre différend relatif à plusieurs contrats de cession et d'échange de biens valorisés, à l'époque et au dire des consorts O'Keefe, à moins de 8 millions de dollars. Ce différend a été porté par les consorts O'Keefe devant les juridictions de l'État du Mississippi. Au terme d'une procédure insolite au regard des règles les plus élémentaires du procès équitable¹²⁹, un jury populaire a condamné en novembre 1995 les demandeurs à payer aux consorts O'Keefe un montant (record dans l'histoire des procédures judiciaires au Mississippi¹³⁰) de 500 millions de dollars. En application des règles procédurales locales, les demandeurs ne pouvaient former d'appel suspensif contre cette décision qu'en fournissant une caution d'un montant équivalant à 125% du montant de la condamnation, soit 625 millions de dollars, autre record. Après avoir obtenu une suspension d'exécution temporaire du jugement et tenté en vain de réunir cette somme, les demandeurs, à la veille de la saisie de leurs biens au Mississippi, conclurent en janvier 1996 une transaction très défavorable avec les consorts O'Keefe pour un montant de 175 millions de dollars.

En saisissant un tribunal arbitral sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA, les investisseurs soutiennent que le procès qui s'est tenu au Mississippi, sa conduite, la tenue des audiences et le montant de la condamnation et de la caution requise pour former un appel suspensif constituent des « mesures adoptées ou maintenues par une Partie contractante », au sens de l'article 1101 alinéa 1 de l'ALENA. Ils soutiennent que ces mesures violent l'obligation d'accorder un traitement non discriminatoire, juste et équitable ainsi qu'une protection pleine et entière aux investisseurs des autres États parties, prévu aux articles 1102 et 1105 de cet Accord, entraînant une expropriation forcée et sans indemnité de leurs biens. En engageant ainsi la responsabilité internationale des États-Unis, les investisseurs demandaient la réparation du préjudice qu'ils estimaient avoir subi.

Un tribunal arbitral composé de MM. Anthony Mason, Président, L.Y. Fortier et Abner Mikva, arbitres nommés respectivement par les investisseurs et les États-Unis, avait rendu une première décision sur la compétence le 9 janvier 2001¹³¹. Les arbitres y avaient rejeté l'exception d'incompétence américaine et admis que, en théorie, les actes d'une juridiction américaine pouvaient constituer des « mesures adoptées et maintenues » par les États-Unis au sens de l'ALENA. Ils décidaient

¹²⁹ *Infra*, I. La finalité de la décision d'une juridiction comme condition de son appréciation par un tribunal arbitral constitué sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA.

¹³⁰ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (2003), Affaire n° ARB(AF)/98/3, 42 ILM 811 au par. 122 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

¹³¹ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, (2001), Affaire N° ARB(AF)/98/3, décision du 9 janvier 2001, publiée dans (2002)129 JDI 217 avec les observations d'E. Gaillard.

également que de tels actes, imputables aux États-Unis, pourraient engager sa responsabilité internationale.

À la suite de la démission de L. Y. Fortier, qui a fait l'objet d'une demande de récusation de la part des États-Unis pour conflit d'intérêts à la suite de la restructuration de son cabinet d'avocat, le tribunal arbitral a été reconstitué avec la nomination par l'investisseur de Lord Mustill. C'est à cette formation qu'il revenait de trancher la question centrale de cette affaire soulevée par les États-Unis et jointe au fond : Si les actes d'une juridiction interne peuvent être qualifiés de « mesure adoptée ou maintenue » par les États-Unis, une telle qualification est-elle limitée aux décisions finales et non susceptibles de recours, contrairement au jugement condamnant Loewen (A) ? Par ailleurs, les arbitres ont également eu à répondre à la deuxième objection des États-Unis portant sur le fait que la société The Loewen Group, Inc. a cédé sa réclamation en cours de procédure à une société détenue par une personne morale de droit américain. La condition posée par l'ALENA selon laquelle le demandeur doit être le ressortissant d'un autre État partie était-elle remplie dans ce cas (B) ?

A. Le caractère définitif de la décision d'une juridiction interne comme condition de son appréciation par un tribunal arbitral constitué sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA

Dans sa décision sur la compétence du 9 janvier 2001, le tribunal a « joint à l'audience sur les questions de fond » « les autres moyens du déclinatoire » de compétence des États-Unis¹³², dont celui soutenant que seules les décisions finales d'une juridiction américaine pouvaient être considérées comme étant des mesures adoptées ou maintenues par une partie au sens de l'article 1101 alinéa 1 de l'ALENA. De fait, le tribunal marquait bien sa volonté d'examiner cette question à la lumière des faits de l'espèce (1). Il est permis de douter que cet examen des faits soit pertinent puisque l'analyse de droit international menée par le tribunal lui a permis, à elle seule, de conclure qu'il n'avait pas compétence pour connaître d'une décision juridictionnelle susceptible de recours (2).

1. L'APPRÉCIATION — JURIDIQUEMENT SUPERFLUE — DE L'EXTRAVAGANT PROCÈS DES INVESTISSEURS AU MISSISSIPPI

Le tribunal arbitral décrit en détail la singulière série de manquements aux règles les plus élémentaires du procès équitable qui a ponctué le procès des investisseurs au Mississippi, décrivant cette procédure comme étant « a miscarriage of justice amounting to a manifest injustice as that expression is understood in international law »¹³³.

¹³² *Ibid* à la p. 230.

¹³³ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 130 au par. 54.

Les avocats des consorts O'Keefe ont en effet multiplié les allégations discriminatoires fondées sur la nationalité des investisseurs qu'ils opposaient à la nationalité américaine et à l'enracinement local des O'Keefe¹³⁴. Des considérations raciales ont également été mises en avant pour influencer un jury majoritairement « africain-américain »¹³⁵, Raymond Loewen étant présenté comme un homme d'affaires ne traitant qu'avec des clients blancs¹³⁶. Les origines sociales modestes des O'Keefe, contrairement à celles des Loewen, ont également été utilisées pour gagner la sympathie des jurés¹³⁷. À aucun moment le juge chargé du procès n'est intervenu pour empêcher de telles dérives. Au contraire, ce dernier a systématiquement rejeté les objections et demandes des avocats des investisseurs¹³⁸. Comment, dans ces conditions, le tribunal pouvait-il conclure sa description de l'instance autrement que comme étant

by any standard of measurement [...] a disgrace. By any standard of review, the tactics of the O'Keefe's lawyers, particularly Mr Gary, were impermissible. By any standard of evaluation, the trial judge failed to afford Loewen the process that was due.¹³⁹

La voie d'une condamnation des États-Unis pour manquement à son obligation, « under international law [...] to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is party »¹⁴⁰ était-elle toute tracée ? En fait, toutes les considérations factuelles développées par les parties, discutées devant le tribunal et reprises dans la sentence n'ont pas eu de portée pratique, le tribunal arbitral ne s'étant pas estimé compétent. Ont-elles été rendues publiques pour contrebalancer le fait que la sentence laisse les investisseurs « with no remedy at all » malgré toutes les injustices (le terme est celui des arbitres) dont ils ont souffert¹⁴¹ ? En n'acceptant d'envisager de mettre en œuvre la responsabilité internationale des États-Unis que si la décision qui leur est déférée n'est plus susceptible de recours, le tribunal a en effet tranché une question de compétence, juridiquement préalable, rendant toute appréciation des faits superflue.

2. UNE DÉCISION INTERNE SUSCEPTIBLE DE RECOURS NE PEUT ÊTRE EXAMINÉE PAR UN TRIBUNAL ARBITRAL STATUANT SUR UNE VIOLATION DE L'ALENA

Force est d'admettre que le tribunal arbitral n'a pas la tâche facile lorsqu'il doit dénier toute portée au constat que « the whole trial and the resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of

¹³⁴ *Ibid* aux par 56-64.

¹³⁵ Il en allait de même pour le juge chargé du procès. Ce constat est fait par les arbitres dès le 3^e paragraphe de la sentence.

¹³⁶ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 130 aux par. 65-67.

¹³⁷ *Ibid* aux par. 68-70.

¹³⁸ Voir, par exemple, *Ibid* aux par. 78, 81, 82, 83, 85, 96, 103.

¹³⁹ *Ibid* au par. 119.

¹⁴⁰ *Ibid* au par. 123.

¹⁴¹ *Ibid* au par. 241.

international law and fair and equitable treatment »¹⁴². Le tribunal doit pourtant statuer sur l'exception d'incompétence américaine selon laquelle, « because the trial court proceedings are only part of the judicial process that is available to the parties »¹⁴³, le jugement du Mississippi, susceptible d'appel, ne peut être soumis à l'examen du tribunal arbitral. S'il devait entrer en matière et, comme le réclament les demandeurs, constater que la procédure judiciaire que ces derniers ont subi au Mississippi était contraire aux standards de traitement des investisseurs étrangers défini par l'ALENA et leur accorder réparation, le tribunal consacrerait « the exercise [...] of an appellate function parallel to that which belongs to the courts of the host nation ». Ce refus de s'ériger en instance d'appel de la juridiction du Mississippi guide l'ensemble de la démarche du Tribunal.

Le tribunal fait sienne l'argumentation des États-Unis selon laquelle « there is nothing to show that in Chapter Eleven, the parties intended to derogate from the substantive rule of international law [requiring a final non-appealable judicial action] when judicial action is the basis of the claim for violation of NAFTA »¹⁴⁴. Les arbitres s'alignent ainsi sur la doctrine et la jurisprudence citée par le défendeur et son consultant, le Professeur Christopher Greenwood¹⁴⁵ pour en conclure que la responsabilité d'un État n'a jamais été mise en œuvre du fait d'une décision de l'une de ses juridictions lorsqu'il existait une voie de recours effective et adéquate au sein du système judiciaire de cet État¹⁴⁶. Selon le tribunal, cette règle se justifie par le fait qu'elle laisse à l'État la possibilité de remédier, par son propre ordre juridique, au manquement naissant (« inchoate breach ») au droit international du fait de la décision de la juridiction de première instance¹⁴⁷. Or, selon le tribunal, les investisseurs disposaient de plusieurs « alternatives »¹⁴⁸, dont celle de se déclarer en faillite (ce qui aurait eu pour effet de suspendre l'exécution) et surtout celle de saisir la Cour suprême des États-Unis pour lui demander de constater l'injustice commise à leur égard et ordonner une suspension de l'exécution du jugement du Mississippi. Même si le tribunal estime ne pas pouvoir se prononcer sur les chances de succès d'une telle demande¹⁴⁹, le couperet tombe inévitablement : « Loewen failed to present evidence disclosing its reasons for entering into the settlement agreement in preference to pursuing other options, in particular the Supreme Court option [...] » et d'en conclure que les investisseurs disposaient, en droit interne américain d'autres

¹⁴² *Ibid* au par. 137.

¹⁴³ *Ibid*.

¹⁴⁴ *Ibid* aux par. 143-144.

¹⁴⁵ *Ibid* aux par. 142-157.

¹⁴⁶ *Ibid* au par. 154. Parmi les nombreux auteurs mentionnés par le tribunal au soutien de cette conclusion, citons James Crawford en sa qualité de rapporteur de la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies (aux par. 150, 153), L. Oppenheim (au par. 152), A.V. Freeman (au par. 152), E. Jimenez de Arechaga (au par. 153). La consultation du Professeur Greenwood est disponible, avec les autres consultations soumises dans cette affaire, sur le site internet <www.naftalaw.org>.

¹⁴⁷ *Ibid* au par. 156.

¹⁴⁸ *Ibid* au par. 207 et s.

¹⁴⁹ Il estime pourtant que « there was a prospect, at most a reasonable prospect or possibility or such relief being granted » (*Ibid* au par. 211).

« options »¹⁵⁰ que celle de la transaction défavorable qu'ils ont dû conclure. Dès lors, « Loewen failed to pursue its domestic remedies and [...] in consequence, Loewen has not shown a violation of customary international law and a violation of NAFTA for which respondent is responsible »¹⁵¹.

Cette conclusion et l'argumentation qui la sous-tend ne convainquent pas nécessairement et les débats doctrinaux à leurs sujets promettent d'être nombreux¹⁵². Elles rappellent les discussions relatives à la règle de l'épuisement des recours internes, présente en filigrane tout au long de la présente affaire et qui a été dépassée par des décisions récentes, telles que celle rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*¹⁵³.

Présentée comme étant d'ordre procédural¹⁵⁴, la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'a pas résisté aux analyses récentes qui situent l'arbitre dans l'ordre international où il est juge de la conformité des actes d'un État par rapport à ses engagements internationaux envers des parties privées, telles des investisseurs¹⁵⁵. Dans l'affaire Loewen, le tribunal arbitral est précisément cela : le juge de la responsabilité internationale de l'État, en application de l'ALENA. Contrairement à ce dont semblent vouloir se prémunir les arbitres, ce tribunal n'est aucunement appelé à juger à nouveau l'affaire en agissant en instance d'appel. Le tribunal arbitral n'est en effet pas saisi d'un contrôle de la procédure ayant opposé O'Keefe à Loewen, ni, a fortiori, du jugement qui en a résulté au Mississippi. Le tribunal se devait de statuer sur l'éventuelle responsabilité des États-Unis découlant de l'ALENA lesquels n'étaient aucunement partie à l'instance locale. La question posée au tribunal arbitral n'est donc pas celle de savoir s'il faut réformer le jugement de la juridiction du Mississippi mais celle, totalement différente, de savoir si les États-Unis ont mis en jeu leur responsabilité internationale. Dans la sphère internationale qui est celle des arbitres, de la même manière que la règle de l'épuisement des voies de recours internes a été écartée, celle de la finalité des décisions de justice d'un État doit également l'être. Ces deux règles sont en fait un obstacle qui empêche les arbitres de connaître des vraies questions qui leurs sont posées. Par craintes d'immixtion dans l'ordre national, les arbitres confrontés à ces règles préfèrent décliner leur compétence. Lorsqu'ils statuent sur la conformité d'actes pris par des États vis-à-vis

¹⁵⁰ *Ibid* au par. 216.

¹⁵¹ *Ibid* au par. 217.

¹⁵² Voir, pour les premiers commentaires critiques, E. Gaillard, « Chronique des sentences CIRDI » (2004), 131 JDI, à paraître et ses observations sous la sentence Loewen dont des extraits traduits en français sont publiés. Voir également T. Weiler, « Dodging Bullets. A First Look at the Final Award in the Loewen Group and Raymond Loewen v. USA » (2003) 4 J. World Inv. 659.

¹⁵³ *Vivendi Universal c. République argentine* (2002), Affaire No. ARB/97/3, Décision du comité *ad hoc* du 3 juillet 2002, 41 ILM 1135 (2002); (2003) 130 J.D.I. 195 en traduction française avec les commentaires d'Emmanuel Gaillard. Voir aussi nos commentaires Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux ».

¹⁵⁴ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 130 au par. 149.

¹⁵⁵ Voir les observations d'E. Gaillard sous la décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002 dans l'affaire *Vivendi Universal c. République argentine*, *supra* note 153.

de l'ALENA ou de traités de protection des investissements, les questions qui leurs sont soumises ne relèvent pas du droit interne de ces États.

L'affaire Loewen donnait au tribunal arbitral l'occasion de juger que l'acte d'une juridiction d'un État est susceptible de mettre en œuvre sa responsabilité internationale au regard des engagements qu'il a pris, que la décision soit finale ou non, de la même manière que cette responsabilité est mise en jeu du fait d'une décision réglementaire d'expropriation également susceptible de recours. Dans les deux cas, il ne s'agit en aucune manière d'exercer un recours à l'encontre de la décision juridictionnelle ou de la mesure réglementaire, mais d'appliquer les règles de la responsabilité internationale. Dans l'affaire Loewen, les arbitres ont choisi de ne pas prendre une telle initiative.

B. La condition de nationalité continue lors de la procédure arbitrale initiée sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA

En janvier 2002, un peu plus d'un an après la décision sur la compétence, les États-Unis ont soumis un déclinatoire de compétence supplémentaire à la suite d'événements nouveaux relatifs à la qualité des investisseurs pour agir sur le fondement de l'ALENA. La société The Loewen Group Inc., a en effet subi une restructuration à l'issue de laquelle elle était liquidée et ses actifs cédés à une société américaine créée pour l'occasion, à l'exception des demandes portées devant ce tribunal, cédées à une société canadienne. La manœuvre n'a pas échappé au tribunal qui relève que la cession de la réclamation à une société canadienne est faite « [i]n an apparent recognition of the obvious problem that would be caused by a United States entity pursuing a claim against the United States under NAFTA »¹⁵⁶. Cette restructuration n'a pourtant pas été menée de manière suffisamment subtile puisque la société canadienne cessionnaire des droits de The Loewen Group, Inc. était elle-même détenue par une société américaine. Les États-Unis soutenaient que le tribunal n'était pas compétent à l'égard de la société cessionnaire puisqu'elle était détenue par une société américaine en application de l'article 1116 de l'ALENA. En l'absence de dispositions spécifiques de l'ALENA, il revenait au tribunal de trancher la question de savoir si la condition de nationalité doit être remplie du début à la fin du litige, ou seulement au moment des faits donnant lieu à celle-ci, dès lors que le changement de nationalité de la société demanderesse a eu lieu *en cours de procédure*.

Contre toute attente, le tribunal a jugé que la partie demanderesse devait conserver une nationalité autre que celle de l'État partie au litige jusqu'au règlement de celui-ci¹⁵⁷. La société demanderesse ne satisfaisant pas à cette condition, le tribunal se déclare incompétent à son égard.

Sur cette question, l'analyse du tribunal n'est pas non plus convaincante. En l'absence de dispositions particulières dans l'ALENA, le tribunal applique le

¹⁵⁶ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 130 au par. 220.

¹⁵⁷ *Ibid* au par. 230.

« customary international law to resolve the question of the need for continuous national identity »¹⁵⁸. Le tribunal estime que l'exigence d'une nationalité continue jusqu'au règlement du litige « was grounded in comity [...] It was not normally the business of one nation to be interfering into the manner in which another nation handled its internal commerce »¹⁵⁹.

La conclusion selon laquelle un changement de nationalité, en cours de procédure, puisse interférer avec la liberté de chaque État de gérer ses affaires est difficile à comprendre. De même qu'il est difficile de justifier que le tribunal, appliquant le droit international, ait choisi d'écarter la tendance actuelle selon laquelle la condition de nationalité s'apprécie au *dies a quo*, la date des événements donnant naissance au litige ou à la date d'introduction de la demande et non au *dies ad quem*, la date de résolution du litige. La pratique des États en matière de traités de protection des investissements, directement pertinente à l'espèce, est aujourd'hui majoritairement établie en ce sens¹⁶⁰ et il en va de même pour les règles de compétence de la *Convention de Washington*¹⁶¹. L'absence de toute référence à la condition de nationalité au jour du règlement du litige dans le système de l'ALENA aurait d'ailleurs pu être interprétée comme une indifférence de ce traité à la nationalité du demandeur à cette date. C'est l'analyse de Christoph Schreuer pour la condition de nationalité exprimée aux articles 25(2)(a) et (b) de la Convention de Washington dont les termes peuvent être appliqués à la présente espèce : « The Convention does not require continuity of nationality. Its wording is directed at distinct points in time and not at a continuous period of time, which could have been expressed easily by 'from to' or 'continuously until' [...] »¹⁶². On pourrait en dire de même pour l'ALENA.

La décision du tribunal selon laquelle il n'a pas compétence ni à l'égard de la société demanderesse « to determine [its] claims under NAFTA concerning decisions of the United States courts in consequence of [its] assignment of those claims to a Canadian corporation owned and controlled by a United States corporation » ni à l'égard de Raymond Loewen « on the grounds it was not shown that he owned or controlled directly or indirectly The Loewen Group, Inc., when the claims were submitted to arbitration or after [this company] was reorganized under Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code » laisse de nombreuses questions en suspens¹⁶³.

¹⁵⁸ *Ibid* au par. 226.

¹⁵⁹ *Ibid* au par. 230.

¹⁶⁰ Voir les exemples cités par E. Gaillard dans son commentaire de la sentence Loewen, (2004) 131 J.D.I. (à paraître).

¹⁶¹ La condition de nationalité de l'article 25(2) (a) et (b) de la Convention de Washington doit être établie, pour les personnes physiques, « à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée » et, pour les personnes morales, « à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ». Voir, pour une analyse de ces articles ne laissant aucune place au *dies ad quem*, Christoph Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, aux par. 448-455 et 490-495.

¹⁶² *Ibid* au par. 452.

¹⁶³ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 130 au par. 240.

Parmi celles-ci, pourquoi le tribunal a-t-il jugé nécessaire de s'attarder sur les questions de la finalité des décisions des juridictions américaines¹⁶⁴ puisqu'il lui suffisait de retenir l'exception d'incompétence américaine relative à la nationalité de The Loewen Group, Inc. et celle relative à la détention de ses titres par Raymond Loewen pour rejeter les demandes des investisseurs et clore la procédure ? Par ailleurs, comment le tribunal se satisfait-il d'un paragraphe pour statuer sur l'étendue des intérêts de Raymond Loewen dans la société demanderesse¹⁶⁵ ? Les États-Unis ayant introduit une demande de décision supplémentaire le 11 août 2003 (toujours pendante), cette dernière question, au moins, devrait recevoir une réponse.

¹⁶⁴ *Supra* I. La finalité de la décision d'une juridiction comme condition de son appréciation par un tribunal arbitral constitué sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA.

¹⁶⁵ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (2003), *supra* note 130 au par. 239.