

Sauvé-Lafrance, Florence

**L'arbitrage international entre investisseurs et États**

Incohérence et manque de légitimité

Travail soumis à la professeure **Céline Lévesque**  
dans le cadre du cours  
Séminaire d'exposé juridique (DRC3500)

Université d'Ottawa, Section de droit civil

13 décembre 2010

*Ce document est publié avec l'autorisation de l'auteure et ne peut être reproduit en totalité ou en partie sans la permission expresse de l'auteure.*

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	1
1. Y-a-t-il incohérence parmi les sentences arbitrales? .....	3
1.1 Définition d'incohérence .....	3
1.2 Analyse des décisions ADM et CPI.....	5
1.2.1 Raisonnement du tribunal dans l'affaire ADM.....	8
1.2.2 Raisonnement du tribunal dans l'affaire CPI.....	9
2. Cette incohérence rend-elle illégitime l'arbitrage entre investisseurs et États? .....	10
2.1 Définition de la légitimité .....	11
2.2 Analyse du processus d'arbitrage international entre investisseurs et États .....	13
2.2.1 Nomination et rôle des arbitres .....	14
2.2.2 Multiplicité des TIBs et imprécision de leurs dispositions .....	17
2.2.3 Absence de mécanismes de contrôle externe et interne.....	18
Conclusion .....	22
Bibliographie.....	24
Ouvrages généraux.....	24
Articles de revue.....	25
Table des sentences arbitrales .....	26
Convention internationale .....	27

## 1.1.

### Introduction

Afin d'accroître le volume d'investissements traversant les frontières nationales, il s'est avéré nécessaire, dans les années cinquante, de créer des règles encadrant les investissements étrangers. L'objectif des États était simple : sécuriser les investissements internationaux afin de donner confiance aux investisseurs, et donc augmenter leur afflux<sup>1</sup>. Dans cette optique, les États sont entrés dans un important processus de signature de traités d'investissement bilatéraux (« *TIBs* ») et multilatéraux. Dans le cadre de ce système émergent, les États ont opté pour l'arbitrage comme moyen de résolution des différends. Susan D. Franck énumère plusieurs raisons ayant amené les États à choisir l'arbitrage par rapport à un processus de résolution plus similaire à notre système de cours nationales<sup>2</sup> : sa neutralité permettant une résolution impartiale et indépendante des litiges, sa confidentialité, son économie en temps, argent et autres ressources internes, sa finalité, de même que le degré important de contrôle retenu par les parties sur le processus d'arbitrage lui-même<sup>3</sup>.

Quelques dizaines d'années plus tard, nombreux sont les commentateurs qui s'interrogent à savoir si l'arbitrage international entre investisseurs et États a rempli ses promesses. Les critiques du public, des organisations non-gouvernementales, des gouvernements et des investisseurs fustigent de toutes parts<sup>4</sup>, allant de la remise en doute du processus de nomination des arbitres jusqu'au trop grand pouvoir octroyé aux investisseurs<sup>5</sup>, ébranlant ainsi la légitimité même du système d'arbitrage. Dans un tel contexte, il s'avère nécessaire de prendre un peu de recul afin d'évaluer l'une des plus importantes critiques adressées au système d'arbitrage, soit le présumé manque de cohérence entre plusieurs décisions rendues par des tribunaux d'arbitrage entre investisseurs et États.

---

<sup>1</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public », (2004), 39(2) *Revue libanaise d'arbitrage* à la p 4.

<sup>2</sup> D. Franck, Susan. "Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements" dans Karl P. Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir, *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008 aux pp 156,157.

<sup>3</sup> *Ibid*

<sup>4</sup> Kaufmann-Kohler, *supra* note 1 à la p 26.

<sup>5</sup> Alvarez, José E. et Kathryn Khamsi. "The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime," dans Karl P. Sauvant, dir., *Yearbook of International Investment Law & Policy* (2009) aux pp 462-463.

Jusqu'à tout récemment, cette question ne posait pas problème en raison du nombre limité de litiges découlant des TIBs<sup>6</sup> et par le fait même du nombre limité de décisions rendues par différents tribunaux d'arbitrage entre investisseurs et États<sup>7</sup>. Or, la récente prolifération de TIBs signés entre les États<sup>8</sup> a entraîné une multiplication des organes de règlement des différends afin de répondre à la rapide croissance du nombre de demandes des investisseurs portées en vertu de ces différents traités<sup>9</sup>. L'accroissement du nombre de décisions rendues par différents tribunaux d'arbitrage a permis à plusieurs commentateurs d'affirmer que le système actuel semble enclin à produire des décisions incohérentes. Or, cette incohérence, selon certains, ne peut qu'aller en s'accroissant en raison du nombre toujours grandissant de TIBs et de litiges entre investisseurs et États<sup>10</sup>. En effet, le nombre de décisions rendues sur un même sujet, impliquant parfois les mêmes mesures prises par les mêmes États en vertu de la même législation, se fera de plus en plus grand dans les années à venir.

Bon nombre d'auteurs concluent à l'existence d'une relation directe entre incohérence des sentences arbitrales et illégitimité du système tout entier d'arbitrage entre investisseurs et États<sup>11</sup>. Est-ce le cas? Dans le cadre de ce travail, cette complexe problématique sera évaluée en deux temps, soit en tentant de répondre à deux grandes questions :

1. Y a-t-il incohérence parmi les sentences arbitrales?
2. Cette incohérence rend-elle illégitime l'arbitrage entre investisseurs et États?

La première question sera répondue par l'affirmative, alors que la seconde, par la négative.

---

<sup>6</sup> Franck, Susan D. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions" (2005), *Forham Law Review*, vol.73 à la p 1521.

<sup>7</sup> Schill, Stephan W. *The multilateralization of international investment law*, New York, Cambridge University Press, 2009 à la p 282.

<sup>8</sup> Brower, Charles N. et Stephan W. Schill. "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?" (2008-2009) 9 *Chicago Journal of International Law* à la p 472. Le nombre de TIBs a passé de moins de 400 en 1989 à bien au-delà de 2500 de nos jours.

<sup>9</sup> Brower and Schill, *supra* note 7 à la p 283.

<sup>10</sup> Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?" dans E. Gaillard et Y. Banifatemi, dir., 2004, *IAI Series on International Arbitration* No. 1 à la p 211.

<sup>11</sup> Voir entre autres Schreuer, Christoph et Matthew Winiger, "A Doctrine of precedent?" dans Peter Muchlinski, Frederico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 en général et Brower II, Charles H. "Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter" (2000) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 37..

## 1. Y-a-t-il incohérence parmi les sentences arbitrales?

Les commentateurs ont souvent recours aux mêmes exemples afin d'illustrer un manque de cohérence parmi plusieurs sentences arbitrales. En effet, l'interprétation des clauses parapluie de même que l'application de l'état de nécessité entourant les diverses affaires impliquant l'Argentine sont souvent citées comme étant deux domaines du droit international des investissements présentant un haut degré d'incohérence<sup>12</sup>. Mais qu'est-ce que l'incohérence? Ainsi, il semble pertinent de d'abord s'attarder à définir le concept d'incohérence, avant de se livrer à une analyse de la cohérence entre les affaires *Archer Daniels Midland Company* (« ADM »)<sup>13</sup> et *Corn Products International, Inc.* (« CPI »)<sup>14</sup>, deux décisions rendues en vertu du même traité d'investissement, l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALÉNA »), et concernant la même mesure réglementaire adoptée par le Mexique.

### 1.1 Définition d'incohérence

La définition d'incohérence varie grandement selon les auteurs. Alors que certains adoptent une définition restrictive, d'autres optent plutôt pour une définition très large. Ainsi, Catherine Kessedjian propose une définition très stricte de ce qui constitue une incohérence. Selon elle,

[m]ost of the time, the expression “inconsistent decisions” is misused. Inconsistent decisions is a term of art which describes the fact that two separate decisions direct the same person or entity to act in two contradictory ways vis-à-vis its opponent. The fact that two decisions arrive at a different interpretation of the law, in different cases, is at most unfortunate, but certainly not inconsistent<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Paulsson, Jan. “Avoiding Unintended Consequences” dans Karl P. Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir, *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008 à la p 248; voir aussi Alvarez and Khamsi, *supra* note 5 en général.

<sup>13</sup> *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, Award (ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Nov. 21, 2007) [ADM]

<sup>14</sup> *Corn Products International, Inc. v. Mexico*, Decision on Responsibility (ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Jan. 15, 2008) [CPI].

<sup>15</sup> Kessedjian, Catherine. “To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration Awards” dans Catherine A. Rogers et Roger P. Alford, dir, *The future of investment arbitration*, New York, Oxford University Press, 2009 à la p 53.

Cette définition semble stricte à un point tel que nous nous interrogeons à savoir si des décisions peuvent réellement, en vertu de cette définition, être qualifiées d'incohérentes. Effectivement, le principe de *res judicata* empêche que deux décisions concernant les mêmes objet, partie et cause ne soient rendues<sup>16</sup>. Dans cette optique, deux décisions obligeant la même personne ou entité à agir de deux façons contradictoires vis-à-vis son adversaire se font très rares. C'est pourquoi cette définition semble d'application fort limitée. De plus, l'incohérence est fréquemment une question de perception d'incohérence à la lecture de deux décisions. Or, cette perception peut être ressentie dans d'autres situations que celle prévue par Catherine Kessedjian. C'est pourquoi il semble plus pertinent, dans le cadre de ce travail, d'adopter une définition plus large de l'incohérence, telle que proposée par Susan D. Franck. Selon elle, trois scénarios peuvent être qualifiés d'incohérents :

First, different tribunals can come to different conclusions about the same standard in the same treaty. [...] Second, different tribunals organized under different treaties can come to different conclusions about disputes involving the same facts, related parties, and similar investment rights. [...] Finally, different tribunals organized under different investment treaties will consider disputes involving a similar commercial situation and similar investment rights, but will come to opposite conclusions<sup>17</sup>.

Cette définition semble présenter différents « niveaux » d'incohérence. En effet, la troisième situation présentée par Susan D. Franck comme étant incohérente ne constitue toutefois pas une incohérence flagrante. Une longue analyse des faits et des dispositions en jeu serait nécessaire afin de conclure qu'il y a bel et bien incohérence entre les conclusions de tribunaux différents à propos des situations factuelles différentes, quoique similaires, et de standards de traitement similaires, mais provenant de traités différents. La possibilité de conclure à une réelle incohérence n'est pas niée, mais est plus ténue et laissera toujours la possibilité pour certains commentateurs de distinguer certains faits expliquant les différences entre les conclusions, à première vue contradictoires, auxquelles en sont venus différents tribunaux. À cet effet, il est pertinent de rappeler qu'en vertu des articles 31 et 32 de la

---

<sup>16</sup> Rienish, August. "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes" (2004) 3 The Law and Practice of International Courts and Tribunals aux pp 43 et suivantes.

<sup>17</sup> Franck, *supra* note 6 aux pp 1545-1546.

*Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>18</sup>, bien qu'il faille accorder une importance à la formulation d'une disposition d'un TIB, d'autres facteurs doivent être pris en considération lors de son interprétation. Ainsi, même si deux dispositions provenant de TIBs différents utilisent exactement la même formulation, le contexte, les travaux préparatoires et la pratique antérieure des États peuvent amener un tribunal à interpréter ces dispositions de façon différente<sup>19</sup>.

Or, si deux tribunaux d'arbitrage distincts proposent des conclusions différentes quant à un point de droit alors qu'ils analysent la légalité d'une même mesure réglementaire en vertu d'un même traité d'investissement, l'incohérence sera plus difficile, voire impossible, à nier ou à justifier. C'est pourquoi l'analyse des décisions rendues dans les affaires ADM et CPI semble pertinente afin de prouver qu'il existe, du moins dans certains cas, des sentences arbitrales contradictoires<sup>20</sup>.

## 1.2 Analyse des décisions ADM et CPI

La trame factuelle de ces deux affaires est pratiquement la même. ADM et CPI sont deux compagnies américaines qui produisent et distribuent un substitut au sucre produit à partir de la canne à sucre, soit le « High Fructose Corn Syrup » (« HFCS »)<sup>21</sup>. ADM et CPI ont chacune incorporé une compagnie<sup>22</sup>, située au Mexique, qui utilise du maïs jaune importé des États-Unis et le raffine en fructose<sup>23</sup>. Ce produit, disponible sous forme liquide, est ensuite principalement utilisé dans la fabrication de boissons gazeuses et de sirops sucrés<sup>24</sup>.

La mesure réglementaire en litige dans le cadre de ces deux affaires est l'adoption, par le gouvernement mexicain, d'une taxe de 20% sur la vente et les services de distribution de

---

<sup>18</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 Mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331.

<sup>19</sup> Schreuer and Winiger, *supra* note 11 à la p 1193; voir aussi Kessedjian, *supra* note 15 à la p 59.

<sup>20</sup> Il est important de mentionner l'existence d'une troisième affaire concernant la même mesure réglementaire. Or, au moment de la rédaction de ce travail, cette décision n'est pas encore disponible au public.

<sup>21</sup> ADM, *supra* note 13 au para 39; CPI, *supra* note 14 au para 2.

<sup>22</sup> Il semble pertinent de souligner que dans l'affaire ADM, cette compagnie mexicaine est une compagnie possédée et contrôlée par ADM et Tate and Lile Ingredients Americas Inc, ADM, *supra* note 13 au para 8. Pour sa part, CPI a formé une « joint venture » avec une compagnie mexicaine et a par la suite offert d'acheter cette dernière, CPI, *supra* note 14 aux paras 27 et 29.

<sup>23</sup> ADM, *supra* note 13 au para 8.

<sup>24</sup> ADM, *supra* note 13 au para 40; CPI, *supra* note 14 au para 26.

boissons gazeuses et de sirops utilisant un édulcorant autre que la canne à sucre<sup>25</sup> (« la *taxe* »). La *taxe*, en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 2002 au 31 décembre 2006<sup>26</sup>, avait pour conséquence de créer de la discrimination entre les producteurs mexicains de sucre à base de canne à sucre qui étaient exemptés de la *taxe* et les producteurs américains de HFCS qui étaient directement visés par la *taxe*.

Ainsi, ADM et CPI poursuivent le gouvernement mexicain en vertu de l'ALÉNA et invoquent de multiples violations au chapitre 11 du traité<sup>27</sup>, soit une violation du traitement national<sup>28</sup> et des prescriptions de résultats<sup>29</sup>, de même qu'une expropriation indirecte<sup>30</sup>.

Il est intéressant de noter que puisque les faits sont pratiquement identiques dans ces deux affaires, le Mexique a demandé que les deux litiges soient consolidés en vertu de l'article 1126 de l'ALÉNA<sup>31</sup>. Cette demande a toutefois été rejetée par le tribunal de consolidation le 25 mai 2005. En effet, bien que le tribunal ait conclu que les deux affaires portaient sur « un même point de droit ou de fait », il a jugé que la consolidation ne serait pas « dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes », tel que le requiert le paragraphe 2 de l'article 1126 de l'ALÉNA. Puisque ADM et CPI sont deux concurrentes majeures dans le domaine, elles refusent de divulguer à leur concurrente leurs stratégies d'affaires, leurs coûts de production, les effets de la *taxe* sur leurs profits, etc. Ainsi, la consolidation des deux litiges rendrait nécessaire la mise en place de mesures de confidentialité très complexes qui ralentiraient les procédures, au lieu d'en accroître l'efficacité<sup>32</sup>. De plus, une consolidation des deux litiges risquerait d'empêcher les compagnies, désireuses de protéger leurs renseignements confidentiels, de présenter une preuve complète, ce qui résulterait en un grave manquement à la justice fondamentale<sup>33</sup>. Pour toutes ces raisons, la demande de consolidation du Mexique a été rejetée et les deux affaires ont été entendues séparément.

---

<sup>25</sup> ADM, *supra* note 13 au para 2; CPI, *supra* note 14 au para 3.

<sup>26</sup> ADM, *supra* note 13 au para 110.

<sup>27</sup> ADM, *supra* note 13 au para 3; CPI, *supra* note 14 au para 5.

<sup>28</sup> En vertu de l'article 1102 de l'ALÉNA.

<sup>29</sup> En vertu de l'article 1106 de l'ALÉNA.

<sup>30</sup> En vertu de l'article 1110 de l'ALÉNA.

<sup>31</sup> ADM, *supra* note 13 au para 16.

<sup>32</sup> *Ibid* au para 22, citant le paragraphe 8 de la décision de consolidation.

<sup>33</sup> *Ibid* citant le paragraphe 9 de la décision de consolidation.

Dans ces deux affaires, le gouvernement mexicain a été reconnu coupable d'une violation au standard de traitement national<sup>34</sup>, mais pas d'expropriation<sup>35</sup>. En ce qui concerne la violation des prescriptions de résultats, les conclusions des tribunaux diffèrent, mais ne seront pas traitées dans le cadre de ce travail<sup>36</sup>.

En résumé, les décisions ne sont pas réellement contradictoires quant à leurs conclusions puisque dans les deux cas, le Mexique a été condamné à payer des dommages aux compagnies américaines<sup>37</sup>. Le problème découle de l'analyse faite par les deux tribunaux quant à la défense de contre-mesure par le Mexique. Codifiant le droit coutumier, l'article 22 du *Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite* énonce que « [l]'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État [...] »<sup>38</sup>.

En l'espèce, le Mexique reproche aux États-Unis d'avoir violé ses obligations découlant de l'ALÉNA en restreignant l'accès au marché américain pour les exportations de sucre mexicain et en refusant de se soumettre aux dispositions de règlement des différends du chapitre XX du traité, notamment en ce qui concerne la nomination de membres de comités spéciaux, empêchant ainsi le Mexique d'obtenir une décision déclarant les mesures américaines incompatibles avec ses obligations en vertu de l'ALÉNA<sup>39</sup>.

Les deux tribunaux ont rejeté l'application du moyen de défense, mais pour des raisons diamétralement opposées qu'il est à présent pertinent d'étudier.

---

<sup>34</sup> *Ibid* au para 213; *CPI, supra* note 14 au para 143.

<sup>35</sup> *ADM, supra* note 13 au para 252; *CPI, supra* note 14 au para 93.

<sup>36</sup> En effet, le tribunal dans *ADM* a conclu à une violation des prescriptions de résultats, *ADM, supra* note 13 au para 227, alors que le tribunal dans *CPI* a décidé qu'il n'y avait pas violation à ce standard, *CPI, supra* note 14 au para 80.

<sup>37</sup> Le tribunal, dans l'affaire *ADM*, a condamné le Mexique à payer des dommages de 33 510 091\$ à *ADM*, *ADM, supra* note 13 au para 304.4. Le montant des dommages devant être octroyés à *CPI* fera l'objet d'une détermination future, *CPI, supra* note 14 au para 193.2.

<sup>38</sup> "Draft articles on State responsibility" (Doc. NU A/56/10) in *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol. II, article 22.

<sup>39</sup> *ADM, supra* note 13 au para 4; *CPI, supra* note 14 au para 6.

### 1.2.1 Raisonnement du tribunal dans l'affaire ADM

Le tribunal accepte la position du Mexique selon laquelle la contre-mesure peut être utilisée comme défense dans le cadre d'un litige découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA puisque bien que ce moyen de défense ne soit pas mentionné au chapitre 11, il n'y est toutefois pas expressément écarté<sup>40</sup> et demeure ainsi valide en vertu du droit international public, sous réserve du respect de certaines conditions<sup>41</sup>. Toutefois, le tribunal rejette l'application de ce moyen de défense en l'espèce, en raison d'un manque de preuve que la taxe a bel et bien été adoptée par le Mexique dans le but d'amener les États-Unis à « s'acquitter des obligations<sup>42</sup> » qui lui incombent en vertu de l'ALÉNA<sup>43</sup>. Par le fait même, le tribunal détermine que la mesure a plutôt été adoptée afin de protéger l'industrie locale de canne à sucre. Conséquemment, le critère de proportionnalité nécessaire à la licéité d'une contre-mesure<sup>44</sup> n'est pas respecté puisque la taxe n'est pas nécessaire ni raisonnablement connectée avec le but prétendument poursuivi<sup>45</sup>.

Un autre élément de l'analyse à laquelle s'est livré le tribunal dans ADM est la qualification de la nature des droits possédés par les investisseurs en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA<sup>46</sup>. Plus précisément, la question était de déterminer si les investisseurs possèdent, sous le chapitre 11, des droits directs et indépendants de ceux de leur État de nationalité ou plutôt des droits indirects. ADM prétend que le chapitre 11 de l'ALÉNA octroie des droits individuels substantifs aux investisseurs. Ces droits ne peuvent donc pas être affectés par une contre-mesure prise à l'égard de leur État de nationalité, qui n'est qu'un tiers au présent litige<sup>47</sup>. Au contraire, le Mexique soutient que bien que des investisseurs se voient accordés des droits d'action en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, cela ne change pas le fait que les obligations prévues au traité sont des obligations assumées par chaque État à l'égard des autres États-membres<sup>48</sup>. Le tribunal de ADM a choisi de se ranger du côté du Mexique en affirmant que « [s]ection A of Chapter Eleven sets forth substantive obligations which remain inter-State,

---

<sup>40</sup> ADM, *supra* note 13 au para 120.

<sup>41</sup> *Ibid* au para 123.

<sup>42</sup> "Draft articles on State responsibility", *supra* note 38 article 49.

<sup>43</sup> ADM, *supra* note 13 au para 149.

<sup>44</sup> "Draft articles on State responsibility", *supra* note 38 article 51.

<sup>45</sup> ADM, *supra* note 13 au para 153.

<sup>46</sup> *Ibid* aux paragraphes 161 à 180.

<sup>47</sup> *Ibid* au para 165.

<sup>48</sup> *Ibid* au para 167.

without accruing individual rights for the Claimants<sup>49</sup>. » Pour en venir à cette conclusion, le tribunal a décidé d'accorder de l'importance à la position qu'ont exprimée les États-membres lors de différends antérieurs à l'effet que leur intention n'était pas d'accorder des droits directs aux investisseurs, mais bien que ces droits demeurent interétatiques<sup>50</sup>.

### 1.2.2 Raisonnement du tribunal dans l'affaire CPI

Après avoir mentionné que la défense de contre-mesure est bien reconnue en droit international coutumier<sup>51</sup> et en avoir énuméré les conditions d'application<sup>52</sup>, le tribunal dans CPI, contrairement à celui dans ADM, a conclu que la défense de contre-mesure ne pouvait être invoquée dans le cadre d'un litige découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA<sup>53</sup>. En effet, le tribunal de CPI a fait fi des prétentions du Mexique selon lesquelles les trois États-membres n'avaient jamais désiré créer de droits distincts de ceux des États en faveur des investisseurs<sup>54</sup> et a conclu que

[a] central Purpose of Chapter XI of the NAFTA was to remove such claims from the inter-State plane and to ensure that investors could assert rights directly against a host State. The tribunal considers that, in the context of such claim, there is no room for a defence based upon the alleged wrongdoing not of the claimant but of its State of nationality, which is not a party to the proceedings<sup>55</sup>.

Ainsi, l'analyse à laquelle s'est livrée le tribunal dans CPI est beaucoup plus brève que celle du tribunal dans ADM, concluant simplement que les investisseurs possèdent des droits substantifs et qu'une contre-mesure prise par un État-membre de l'ALÉNA contre un autre ne peut tout simplement pas priver l'investisseur de ses droits<sup>56</sup>.

---

<sup>49</sup> *Ibid* au para 168.

<sup>50</sup> *Ibid* au para 176.

<sup>51</sup> *CPI, supra* note 14 au para 145.

<sup>52</sup> *Ibid* au para 146.

<sup>53</sup> *Ibid* au para 161.

<sup>54</sup> *Ibid* aux paras 165 et 166.

<sup>55</sup> *Ibid* au para 161.

<sup>56</sup> *Ibid* au para 176.

Bien que le raisonnement du tribunal dans ADM semble plus étoffé et plus juste<sup>57</sup>, la question ici n'est pas de déterminer qui a raison, mais plutôt de mettre en lumière les différences flagrantes dans le raisonnement des deux tribunaux. Non seulement y a-t-il incohérence entre les conclusions de ceux-ci, mais en plus cette incohérence touche une question d'importance fondamentale au système d'arbitrage, soit la nature même des droits octroyés aux investisseurs. Le fait que deux tribunaux d'arbitrage soient incapables de s'entendre sur la nature des droits que possèdent les investisseurs en vertu de l'ALÉNA provoque nécessairement un questionnement chez tout juriste à savoir si le système conserve sa légitimité. Ainsi, il convient à présent de passer à la deuxième partie de l'analyse, à savoir si cette incohérence provoque l'illégitimité de l'arbitrage entre investisseurs et États.

## **2. Cette incohérence rend-elle illégitime l'arbitrage entre investisseurs et États?**

Tel que mentionné précédemment, nombreux sont les auteurs qui concluent que la cohérence entre les sentences arbitrales est essentielle afin d'assurer la légitimité du système, bien souvent sans même définir le concept de la légitimité<sup>58</sup>. Il semble s'agir de la réaction normale de tout juriste que de croire que sans cohérence parmi les décisions rendues, un système de droit ne peut conserver sa légitimité.

Or, il est important de préciser qu'un certain degré d'incohérence est présent dans tous les systèmes de droit<sup>59</sup> et n'est pas intolérable<sup>60</sup>. Tout est question de degré. Un degré mineur d'incohérence peut d'ailleurs être utile puisqu'il permet de contester les principes fondamentaux du système et en ce sens favorise l'évolution du droit<sup>61</sup>. Au contraire, un degré trop élevé d'incohérence au sein du système d'arbitrage entre investisseurs et État risque de

---

<sup>57</sup> Kurtz, Jürgen. "The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration" (2010) 25(1) ICSID Review: Foreign Investment Law Review à la p 215.

<sup>58</sup> Howse, Robert et Efraim Chalamish. "The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: A Reply to Jürgen Kurtz" (2009) 20(4) The European Journal of International Law à la p 1087; voir aussi Schreuer and Winiger, *supra* note 11 à la p 1189 et Burke-White, William W. "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System" (2008) 199(3) A.J.W.H. à la p 199.

<sup>59</sup> Franck, Susan D. "The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?" (2005), 12 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y à la p 63.

<sup>60</sup> Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Is Consistency a Myth" dans E. Gaillard et Y. Banifatemi, dir, 2008, *Precedent in International Arbitration* à la p 143.

<sup>61</sup> *Ibid*

miner la crédibilité du système aux yeux du public et de ses utilisateurs<sup>62</sup>, ce qui va à l'encontre même de son but premier, soit l'encouragement des investissements internationaux. En effet, les investisseurs ont peu de tolérance face à l'imprévisibilité des sentences arbitrales étant donné l'importance que revêt la prévision des risques de toute transaction commerciale<sup>63</sup>. Ainsi, un accroissement de la cohérence parmi les sentences arbitrales doit nécessairement être le but à atteindre<sup>64</sup>. Toutefois, incohérence n'est pas synonyme d'illégitimité.

Mais qu'est-ce que la légitimité? La définition de ce concept abstrait s'impose d'abord. Une analyse du système d'arbitrage international entre investisseurs et États à la lumière de cette définition viendra ensuite compléter ce travail.

## 2.1 Définition de la légitimité

La légitimité est une notion qui est plus souvent définie par la négative. Il semble beaucoup plus facile de qualifier quelque chose d'illégitime que de légitime<sup>65</sup>. D'ailleurs, les facteurs causant l'illégitimité sont bien définis et acceptés : la partialité, une violation des droits fondamentaux, un résultat empreint d'une injustice flagrante, etc.<sup>66</sup>

Or, les bases de la légitimité semblent beaucoup plus difficiles à définir. Il semble en fait y avoir autant de définitions de la légitimité que d'auteurs qui ont écrit sur le sujet. Alors que certains auteurs prétendent que la légitimité d'un système international de droit dépend nécessairement de la prévisibilité des résultats, et donc de la cohérence de ceux-ci<sup>67</sup>, Charles N. Brower et Stephan W. Schill définissent plutôt la légitimité comme étant « [the a]cceptance of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed

---

<sup>62</sup> Kaufmann-Kholer, Gabrielle. "Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse?" (2007), 23 *Arbitration International* à la p 378.

<sup>63</sup> Cheng, Tai-Heng. "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration" dans Andrea K Bjorklund, Ian A Laid et Sergey Ripinsky, dir, *Investment treaty law: current issues III*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006 à la p 176.

<sup>64</sup> Kaufmann-Kholer, *supra* note 62 à la p 376.

<sup>65</sup> Bodansky, Daniel. "The Concept of Legitimacy in International Law", (2008) 194 *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* à la p 315.

<sup>66</sup> *Ibid*

<sup>67</sup> Brower, *supra* note 11 à la p 44; Franck, *supra* note 6 à la p 1584.

normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process<sup>68</sup>. »

Cette définition de la légitimité se concentre sur l'idée d'acceptation et de justification des actions qui favorise la conformité et le respect d'une loi ou d'une décision. À cet effet, Daniel Bodansky définit la légitimité comme étant l'une des trois façons d'encourager le respect d'une décision<sup>69</sup>. Selon lui, la première base de conformité est la persuasion rationnelle, soit le fait d'être convaincu qu'une décision est correcte. La deuxième est l'exercice du pouvoir, amenant un individu à se conformer à une décision en raison de la peur qu'il a des conséquences et des sanctions qui pourraient s'ensuivre en cas de non-respect. Finalement, la légitimité amène un individu ou un État à se conformer à une décision parce qu'il accepte le processus de décision comme étant bien-fondé. Cette définition semble toute indiquée dans le cadre de ce travail puisque c'est bien souvent le processus même ayant mené aux décisions incohérentes qui est remis en doute.

La légitimité est donc différente de la légalité<sup>70</sup>. La frontière entre ces deux concepts est ténue. Bien que la racine latine du mot légitimité signifie « légal », le Petit Larousse définit la légitimité de façon plus vaste que la légalité, soit comme « [l]a qualité de ce qui est fondé en droit, en justice, en équité<sup>71</sup> ». Ainsi, le fondement en droit ne semble être que l'une des causes de la légitimité, et non son unique fondement. De plus, le concept de légitimité est plus large que celui de légalité puisqu'il s'applique même à l'extérieur d'un concept légal<sup>72</sup>. Finalement, la légalité semble davantage définir le résultat, alors que la légitimité qualifie plutôt le processus ayant mené à ce résultat.

L'incohérence parmi les sentences arbitrales a-t-elle pour conséquence d'ébranler la légitimité du système d'arbitrage international entre investisseurs et États? La question mérite d'être posée.

If one defines legitimacy in terms of qualities that pull the subjects of regulation toward voluntary compliance, international legal regimes that make arbitrary demands necessarily lack legitimacy because they transform

---

<sup>68</sup> Brower and Schill, *supra* note 8 à la p 471.

<sup>69</sup> Bodansky, *supra* note 65 aux pp 310, 311.

<sup>70</sup> *Ibid*

<sup>71</sup> « Légitimité », Petit Larousse 1998 (Bordas : Larousse, 1997) à la p 590.

<sup>72</sup> Bodansky, *supra* note 65 aux pp 311, 312.

compliance into a random, haphazard event. By contrast, international legal regimes that operate predictably seem more likely to possess legitimacy because they give subjects a meaningful opportunity to understand, and conform their behavior to, systemic requirements.<sup>73</sup>

Évidemment, des décisions cohérentes et prévisibles favorisent la légitimité puisqu'elles donnent l'impression que le processus ayant mené à ces décisions est nécessairement bien-fondé, en plus de donner aux sujets une véritable occasion de comprendre et d'adapter leur comportement aux exigences systémiques<sup>74</sup>. Or, une décision incohérente n'est pas nécessairement illégitime si le processus décisionnel ayant mené à cette incohérence est acceptable. Toutefois, Charles H. Brower est d'avis que bien que des décisions incohérentes peuvent représenter « an obvious symptom of illegitimacy<sup>75</sup> », elles n'en sont pas la source. Ainsi, afin de conclure à l'illégitimité du système d'arbitrage international entre investisseurs et États, il faudrait conclure que le système de prise de décision, en tant que tel, n'est pas bien-fondé. En d'autres mots, il faut se demander si l'incohérence des sentences arbitrales est le symptôme apparent d'une illégitimité institutionnelle. Ainsi, il convient à présent de se livrer à une analyse des raisons expliquant l'incohérence dont font preuve certaines décisions.

## **2.2 Analyse du processus d'arbitrage international entre investisseurs et États**

Cette analyse permettra de mettre en évidence que l'incohérence parmi certaines sentences arbitrales découle directement des caractéristiques mêmes du système règlementant actuellement les investissements internationaux, soit la nomination et le rôle des arbitres, la multiplicité des TIBs et l'imprécision de certaines dispositions, de même que l'absence de mécanismes de contrôle externe et interne.

---

<sup>73</sup> Brower, *supra* note 2 à la p 42.

<sup>74</sup> *Ibid*

<sup>75</sup> *Ibid* à la p 8.

### 2.2.1 Nomination et rôle des arbitres

Une des théories avancées par plusieurs auteurs comme expliquant le manque de cohérence entre les décisions est l'incompétence de certains arbitres<sup>76</sup>. Selon ce point de vue, le droit international des investissements est en rapide expansion, ce qui engendre un problème de recrutement des arbitres en raison du nombre insuffisant de juristes compétents pour le nombre constamment croissant de litiges. Ainsi, l'incohérence serait due à l'incapacité de certains arbitres d'appliquer correctement le droit. Dans la même veine, Jan Paulsson invoque également le manque de compétence de certains avocats dans ce domaine, qui feraient mal valoir les prétentions de leurs clients<sup>77</sup>.

Afin de solutionner ce problème, Jürgen Kurtz propose que des règles plus formelles soient adoptées définissant clairement les compétences que doit posséder un arbitre dans un litige entre investisseurs et États<sup>78</sup>. Également, Kurtz propose l'adoption d'une règle obligeant au moins un arbitre siégeant sur un tribunal à être considéré comme étant une « sommité » en la matière<sup>79</sup>.

Il est vrai que le droit international des investissements est une branche du droit récemment développée requérant à la fois des compétences précises dans le domaine des investissements internationaux, de même qu'une excellente base en droit public international<sup>80</sup>. Toutefois, l'hypothèse selon laquelle l'incohérence entre les décisions découle de l'incompétence de certains arbitres paraît quelque peu simpliste afin d'expliquer toutes les incohérences, surtout en considérant le fait que les arbitres siègent habituellement au nombre de trois. Comment expliquer, alors, que les arbitres rendent des décisions qui sont parfois incohérentes? Si la grande majorité des arbitres possèdent un niveau de compétence suffisante pour faire leur travail correctement, pourquoi n'arrivent-ils pas toujours à la même réponse?

Dans cette optique, le débat philosophique à savoir s'il existe nécessairement une seule bonne réponse à toute question nous est d'une grande utilité. Deux grandes théories s'opposent

---

<sup>76</sup> Kurtz, Jürgen. "The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontent" (2009) 20(3) The European Journal of International Law à la p 770; Paulsson, *supra* note 12 à la p 263.

<sup>77</sup> Paulsson, *supra* note 12 à la p 248.

<sup>78</sup> Kurtz, *supra* note 76 à la p 771.

<sup>79</sup> *Ibid*

<sup>80</sup> Paulsson, *supra* note 12 à la p. 263.

à ce sujet. D'un côté, les adeptes du pluralisme d'interprétation, une branche du scepticisme juridique, adhèrent à deux propositions principales : « (1) dans plusieurs cas, il n'y a pas une seule interprétation dont on puisse dire qu'elle soit « la bonne », (2) une même disposition législative peut donner lieu à une pluralité d'interprétations raisonnables<sup>81</sup>. »

C'est d'ailleurs entre autres sur le principe du pluralisme d'interprétation que se base la norme de retenue judiciaire utilisée en droit administratif<sup>82</sup>. En vertu de ce principe, les juristes ne pourraient jamais atteindre la vérité en matière juridique<sup>83</sup> puisqu'une telle vérité n'existe tout simplement pas<sup>84</sup>. Selon les sceptiques juridiques, il existe bien une base objective à tout raisonnement juridique, mais après cette base, la subjectivité de tout juriste entre en jeu<sup>85</sup>. Ainsi, il n'y a pas une seule bonne réponse, mais bien plusieurs réponses qui sont « [...] justifiable[s], acceptable[s], soutenable[s], défendable[s], « plaidable[s] », en un mot, raisonnable[s]<sup>86</sup>. »

Les fondationalistes juridiques prétendent, au contraire, qu'une telle vérité existe dans toute loi et qu'il existe donc nécessairement une réponse correcte à toute question. Ainsi, les fondationalistes affirment que le droit est un « fait objectif dans le monde, constitué de propriétés et d'éléments propres qui le distinguent des autres faits<sup>87</sup>. » Le droit est donc un fait qui possède, au même titre que tous les autres faits, un sens véritable, fixé et déterminé par l'intention du législateur. Ainsi, de la même façon que l'affirmation « il pleut » peut être confirmée ou infirmée en regardant par la fenêtre<sup>88</sup>, l'interprétation d'une disposition juridique peut être confirmée ou infirmée en la confrontant à l'intention du législateur. Ainsi, puisque le droit est un fait réel qui possède un sens objectif en lui-même, il est alors possible de qualifier une interprétation comme étant vraie.

La partie plus modérée des sceptiques juridiques reconnaît que le droit possède un sens véritable, mais uniquement à l'égard des cas qui sont clairement visés par une règle de droit et

---

<sup>81</sup> Tremblay, Luc B. "La norme de retenue judiciaire et les « erreurs de droit » en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme" (1996) 56 *Revue du Barreau* à la p 150.

<sup>82</sup> *Ibid* à la p 146.

<sup>83</sup> *Ibid* à la p 151.

<sup>84</sup> *Ibid* à la p 157.

<sup>85</sup> Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986 aux pp 85-86.

<sup>86</sup> Côté, Pierre-André. « La notion d'interprétation manifestement déraisonnable - Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation », XIe Conférence des Juristes de l'État, 1992 à la p 114.

<sup>87</sup> Tremblay, *supra* note 81 à la p 153.

<sup>88</sup> *Ibid*

qui, de ce fait, ne semblent pas nécessiter d'interprétation<sup>89</sup>. Or, à partir du moment où une interprétation est nécessaire, cette partie des sceptiques prétend que le droit ne dicte pas une seule et unique vraie réponse puisque l'intention du législateur « n'est pas un fait objectif dans le monde identifiable d'une façon neutre; une loi peut avoir été adoptée de façon à réaliser plusieurs buts, plus ou moins cohérents, et la détermination de celui qui doit gouverner l'interprétation de la loi résulte du choix de l'interprète<sup>90</sup>. »

Évidemment, « appréciation subjective n'est pas synonyme d'appréciation discrétionnaire<sup>91</sup>. » Ainsi, celui qui doit interpréter une disposition floue n'a pas carte blanche pour le faire; il ne peut agir à sa guise. Son appréciation, si elle est faite convenablement, doit tenir compte des différentes règles et principes reconnus et acceptés comme étant la base à l'interprétation des textes juridiques.

Ainsi, l'application de cette réflexion au droit international des investissements est fort utile. En effet, l'acceptation de la théorie selon laquelle il existe toujours et nécessairement une seule vérité, une seule « bonne réponse », implique que toute incohérence avec une décision antérieure paraisse illégitime parce que nécessairement, une des deux décisions semble être erronée. Or, tel que vu précédemment, légitimité n'est pas nécessairement synonyme de légalité. Également, il importe de garder en tête que ce sont bien souvent les États qui sont responsables de la nomination d'au moins un des trois arbitres composant le tribunal. En effet, il est de pratique courante que chaque partie à un litige nomme un arbitre et que les deux arbitres ainsi nommés s'entendent ensuite sur la nomination d'un troisième individu au titre de président. Ainsi, si les parties remettent en doute la compétence d'un arbitre, ils n'ont bien souvent qu'eux à blâmer puisque ce sont eux qui l'ont nommé ou qui ont délégué à un arbitre de confiance l'autorité de le nommer. Ainsi, les arbitres conservent leur légitimité ultime, puisqu'ils possèdent la confiance des parties qui les ont choisis<sup>92</sup>.

Il est d'ailleurs pertinent d'ouvrir une parenthèse à ce moment de la réflexion. Une des solutions souvent envisagées pour diminuer l'incohérence est d'avoir davantage recours à la

---

<sup>89</sup> Côté, *supra* note 86 aux pp 110, 111; Tremblay, *supra* note 81 aux pp 154, 155.

<sup>90</sup> Tremblay, *supra* note 81 à la p 156.

<sup>91</sup> Côté, *supra* note 86 à la p 117.

<sup>92</sup> Paulsson, *supra* note 12 à la p 261.

consolidation de cas similaires<sup>93</sup>. C'est d'ailleurs ce qui avait été demandé par le Mexique dans les affaires étudiées précédemment. Or, la consolidation n'assure pas une décision correcte, mais bien uniquement une décision uniforme. Est-ce que la décision rendue dans ADM aurait nécessairement été plus « correcte » que celle dans CPI? Peut-être, mais c'est loin d'être certain. L'important est qu'elle aurait été la même. Est-ce que l'uniformité des décisions rendrait plus légitime le processus? Il est possible d'en douter. Une consolidation de cas similaires permet uniquement de camoufler le symptôme visible d'un possible manque de légitimité. Ainsi, l'argumentation en faveur d'une plus grande utilisation de la consolidation de cas similaires revient à accepter l'existence d'un pluralisme d'interprétation.

### 2.2.2 Multiplicité des TIBs et imprécision de leurs dispositions

La multiplicité des TIBs, tous différents les uns des autres, est également importante dans le cadre de l'étude des raisons expliquant l'incohérence parmi certaines sentences arbitrales<sup>94</sup>. Bien qu'il existe des traités modèles, ceux-ci ne sont, comme leur nom l'indique, que des modèles. Ainsi, chaque traité doit être évalué individuellement en fonction de son contexte et de ses propres termes. D'ailleurs, le fait que chaque État rédige ses TIBs selon ses désirs au lieu d'avoir recours à des formulations uniformes dénote le désir des États d'être traités individuellement<sup>95</sup>. Dans ce contexte, il est donc difficile d'argumenter en faveur d'une uniformité totale en vertu de ce système privilégiant une approche individualisée, et non une application uniforme.

Également, plusieurs dispositions des TIBs sont rédigées dans des termes vagues et imprécis<sup>96</sup>. Charles H. Brower constate la place importante laissée à l'interprétation des tribunaux en ce qui concerne leur juridiction, le champ d'application des diverses dispositions des TIBs et le genre de comportements interdits ou encouragés par les différents traités. Brower

---

<sup>93</sup> Gallagher, Norah. "Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendes: Problems and possible solutions" dans Loukas A. Mistelis et Julian D.M. Lew, dir, *Pervasive problems in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006 à la p 329; Franck Spoorenberg and Jorge A. Viñuales, "Conflicting decisions in International Law", (2009) 8 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* à la p 100.

<sup>94</sup> Kessedjian, *supra* note 15 à la p 61.

<sup>95</sup> *Ibid*

<sup>96</sup> Brower, *supra* note 11 à la p 44.

qualifie cette situation de « textual indeterminacy<sup>97</sup> ». Dans ce contexte, les sceptiques juridiques concluent qu'il n'existe pas une seule bonne interprétation de ces dispositions, mais bien une multitude d'interprétations raisonnables. Ainsi, l'existence de deux décisions contradictoires ne signifie pas nécessairement que l'un des tribunaux a erré, mais bien que les tribunaux ont appliqué leur discrétion de façon contradictoire, ce qui, en soi, est tout à fait normal selon les sceptiques juridiques.

D'ailleurs, la rédaction de telles dispositions floues laisse croire que les États avaient l'intention de laisser une grande discrétion aux arbitres<sup>98</sup>. Peut-on leur en vouloir de s'en servir? Peut-on leur en vouloir de ne pas utiliser leur discrétion de la même façon? Bref, si l'hypothèse selon laquelle il n'existe pas nécessairement une réponse objectivement meilleure que les autres est retenue, le problème de l'incohérence découle non pas de la prétendue incompetence de certains arbitres, mais plutôt du manque d'instruments pour encadrer l'exercice de leur subjectivité.

### **2.2.3 Absence de mécanismes de contrôle externe et interne**

Stephan W. Schill explique l'incohérence parmi certaines sentences arbitrales par l'absence d'un mécanisme d'appel et d'une règle du précédent, qu'il qualifie de mécanismes de contrôle externe et interne, respectivement<sup>99</sup>. En effet, la reconnaissance du pluralisme d'interprétation implique nécessairement son application aux juges des cours nationales. Toutefois, l'incohérence ne constitue pas un problème au niveau des cours nationales puisque les mécanismes de contrôle interne et externe qui y sont normalement présents assurent que le niveau d'incohérence entre les décisions, quoiqu'inévitable, demeure minime.

En effet, l'existence d'une hiérarchie entre les différentes cours nationales permet aux juges des cours supérieures d'« imposer » leur discrétion sur les cours inférieures. Ainsi, bien que les juges nationaux appliquent leur discrétion lors de l'interprétation d'une disposition et puissent en venir à des conclusions contradictoires, l'existence d'un mécanisme d'appel et d'une règle du précédent contrôle et restreint l'exercice de la subjectivité des différents juges et

---

<sup>97</sup> *Ibid*

<sup>98</sup> Côté, *supra* note 86 aux pp 110-111.

<sup>99</sup> Schill, *supra* note 7 chapitre VII en général.

assure un résultat davantage uniforme. Selon le pluralisme d'interprétation, cette hiérarchie des cours nationales n'implique pas que la décision prise par une cour de niveau supérieur soit nécessairement « la bonne », mais bien que cette décision soit par la suite uniformément appliquée à travers l'ensemble du système juridique national. À cet effet, la boutade suivante, bien connue chez nos voisins du Sud, prend tout son sens : « ce n'est pas parce qu'elle ne commet pas d'erreur que la Cour suprême a le dernier mot. C'est plutôt parce qu'elle a le dernier mot qu'elle est toujours dans le vrai<sup>100</sup>. »

Or, cette hiérarchie, de même qu'une règle de *stare decisis*<sup>101</sup>, sont absentes de l'actuel système d'arbitrage entre investisseurs et États. Quoique compétents et empreints de bonne volonté, les arbitres en viennent parfois à des décisions incohérentes. Le problème n'est pas l'obtention de telles décisions contradictoires, mais bien le fait que le système actuel d'arbitrage entre investisseurs et États n'offre aucune possibilité de rectification de ces incohérences.

Le débat concernant l'existence d'une règle de précédent *de facto* dépasse le cadre de ce travail<sup>102</sup>. À cet effet, il est uniquement nécessaire de mentionner que bien que la plupart des arbitres fassent de plus en plus référence aux décisions rendues précédemment, aucune règle formelle de *stare decisis* ne les oblige à agir de la sorte<sup>103</sup>. Bien que conscients qu'une application cohérente des précédents accroît l'équité et l'égalité puisque les cas similaires reçoivent un traitement similaire<sup>104</sup>, les États ont volontairement choisi d'en exclure l'application. En effet, une étude de l'historique des négociations ayant mené à la signature de la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI ») montre clairement que l'octroi d'un effet contraignant aux décisions rendues n'a jamais été désiré par les États signataires<sup>105</sup>. D'ailleurs, s'ils le désiraient, les États pourraient, individuellement, inclure une clause obligeant les arbitres à respecter les décisions

---

<sup>100</sup> Côté, *supra* note 86 à la p 115.

<sup>101</sup> Cheng, *supra* note 63 aux pp 151 et suivantes.

<sup>102</sup> À cet effet, voir Kaufmann-Kholer, *supra* note 62 à la p 358; Franck, *supra* note 59 à la p 57 et Commission, Jeffrey P. "Precedent in Investment Treaty Arbitration; A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", (2007) *Journal of International Arbitration* 24(2) à la p 129.

<sup>103</sup> Commission, *supra* note 102 aux pp 144, 148 et 149.

<sup>104</sup> Schreuer and Winiger, *supra* note 11 à la p 1189.

<sup>105</sup> Schill, *supra* note 7 à la p 291.

rendues précédemment. Toutefois, les États choisissent, volontairement, de ne pas le faire et optent plutôt pour l'inclusion d'une clause prévoyant l'effet relatif des sentences arbitrales<sup>106</sup>.

De plus, il est pertinent de rappeler que les États, en optant pour l'arbitrage des différends entre investisseurs et États, ont choisi que des arbitres différents soient nommés dans les différents litiges, au lieu d'avoir un banc stable d'arbitres comme dans les cours nationales ou à la Cour internationale de justice. Cela entraîne qu'un grand nombre d'arbitres, quoique compétents et de bonne foi, utilisent leur discrétion de façon différente voir contradictoire<sup>107</sup>. La constitution différente des tribunaux empêche toute continuité dans l'utilisation de leur discrétion en ce qui concerne les différentes dispositions des TIBs en jeu.

Dans le même ordre d'idées, l'absence d'un mécanisme d'appel est également le résultat d'un choix des États qui ont volontairement décidé de faire primer la finalité des décisions sur leur exactitude<sup>108</sup>, de même que la flexibilité sur l'uniformité<sup>109</sup>.

Évidemment, certains pourraient prétendre, avec raison, que les États ne pouvaient prévoir l'expansion phénoménale qu'a subie le système d'arbitrage entre investisseurs et États et que, par conséquent, ceux-ci ne pouvaient prédire les problèmes découlant actuellement de leurs décisions d'opter pour l'arbitrage. Ainsi, il est quelque peu simpliste d'affirmer simplement que les États « ont ce qu'ils méritent ». Toutefois, il est pertinent de rappeler que la possibilité de créer un mécanisme d'appel a récemment été étudiée par les États membres de la Convention du CIRDI<sup>110</sup> et que ce projet de réforme a rapidement été écarté par les États lors du processus de consultation<sup>111</sup>. En effet, le document de discussion préparé par le CIRDI en mai 2005<sup>112</sup> mentionne l'abandon de l'idée de la création d'un mécanisme d'appel puisqu'il semblait « premature to attempt to establish such an ICSID mechanism at this stage, particularly in view of the difficult technical and policy issues raised [...]»<sup>113</sup> » Ainsi, malgré la constatation des

---

<sup>106</sup> *Ibid* à la p 289.

<sup>107</sup> Schreuer, Christoph. "Preliminary Rulings in Investment Arbitration" dans Karl P. Auer et Michael Chiswick-Patterson, dir., *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008 à la p 209.

<sup>108</sup> Franck, *supra* note 6 à la p 1548.

<sup>109</sup> Spoorenberg and Viñuales, *supra* note 93 aux pp 92-93.

<sup>110</sup> ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 October 2004.

<sup>111</sup> Kaufmann-Kholer, Gabrielle. "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal" (2005), 2(5) *Transnational Dispute Management* à la p 1.

<sup>112</sup> ICSID Secretariat, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, 12 May 2005.

<sup>113</sup> *Ibid* à la p 4.

conséquences actuelles découlant de l'absence d'un mécanisme d'appel de même que les nombreuses critiques à cet effet, la volonté des États demeure inchangée.

Dans ce contexte, le point de vue présenté par Franck Spoorenberg and Jorge A. Viñuales prend tout son sens lorsqu'ils affirment que l'actuel débat entourant la légitimité du système d'arbitrage entre investisseurs et États oublie le fait important que ce « problème » découle en fait directement des valeurs qui font que l'arbitrage est un moyen de résolution des litiges qui plaît tant aux États<sup>114</sup>. En effet, l'absence de mécanismes de contrôle entourant la discrétion des arbitres résulte d'un choix des États. Puisque l'incohérence de certaines sentences arbitrales découle directement des raisons mêmes qui ont amené les États à opter pour l'arbitrage, il est difficile de qualifier ces décisions incohérentes comme étant illégitimes. En raison du système actuel, il est tout simplement impossible d'exiger une cohérence totale des sentences arbitrales. Dans cette optique, l'actuel manque de cohérence entre certaines sentences arbitrales constitue bel et bien un réel problème devant être adressé, mais ne rend pas le système illégitime en soi.

D'ailleurs, le taux d'insatisfaction des États est plutôt limité. Évidemment, la partie perdante d'un arbitrage crie rapidement à l'illégitimité. Toutefois, le nombre de TIBs continue de croître, les investisseurs ne cessent d'amener leurs litiges devant des tribunaux d'arbitrage international et « presque tous les États se conforment à presque toutes les décisions, tout le temps<sup>115</sup>. » Ainsi, bien que certains États se soient livrés à une très forte critique des décisions leur étant défavorables, allant jusqu'à menacer de se retirer de la convention du CIRDI<sup>116</sup>, aucune action concrète n'a été posée. Il est vrai que la Bolivie et l'Équateur ont décidé de se retirer de la convention du CIRDI<sup>117</sup>. Toutefois, bien que leur retrait ne soit pas sans importance au sein de l'actuel débat, il ne faut pas négliger les conditions politiques internes les ayant

---

<sup>114</sup> Spoorenberg and Viñuales, *supra* note 93 en général.

<sup>115</sup> Tams, Christian J. "Is There A Need for an ICSID Appellate Structure?" dans Hofmann, Tams, dir, *The International Convention for the Settlement of Investment Disputes: Taking Stock After 40 Years*, Nomos, Baden-Baden à la p 243. Les affaires *Benvenuti*, *SOABI*, and *LETCO* sont citées comme n'ayant pas été respectées par les États.

<sup>116</sup> *Ibid* À cet effet, Tams mentionne le cas de l'Argentine qui a menacé de permettre la révision des décisions la concernant par ses cours nationales.

<sup>117</sup> CIRDI, Liste des États contractants et signataires de la convention (au 30 septembre 2010), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=French> (page consultée le 29 novembre 2010)

amenés à le faire. Bref, bien que le système actuel ne soit pas parfait, il ne semble pas erroné d'affirmer que les États semblent tout au moins continuer d'y faire confiance.

## **Conclusion**

Il est évidemment difficile pour tout juriste d'accepter que des situations similaires ne reçoivent pas un traitement similaire<sup>118</sup>. Toutefois, si la différence de traitement entre ces situations similaires découle du choix des parties, elle n'entraîne certainement pas l'illégitimité du système en entier. Ainsi, incohérence ne rime pas automatiquement avec illégitimité lorsque la légitimité est définie en termes d'acceptation et de justification des actions qui favorise la conformité et le respect d'une loi ou d'une décision. Tel que démontré dans les pages précédentes, l'incohérence entre des sentences arbitrales peut être considérée comme étant la conséquence directe des choix des États ayant mené à l'élaboration du système encadrant actuellement les investissements internationaux, soit la nomination et le rôle des arbitres, la multiplicité des TIBs et l'imprécision de certaines de leurs dispositions, de même que l'absence de mécanismes de contrôle interne et externe.

Suite à cette réflexion sur la légitimité, les conséquences de l'incohérence entre les décisions ADM et CPI semblent moins alarmantes. Il est évident que le désaccord de ces deux tribunaux quant à la nature des droits octroyés aux investisseurs en fonction d'un traité d'investissement touche un point fondamental de l'arbitrage entre investisseurs et États. Cette incohérence est donc difficilement réconciliable avec l'idée préconçue d'un système de droit légitime. Il importe toutefois de s'interroger, encore une fois, à savoir s'il existe nécessairement une bonne réponse à cette question. En éliminant l'hypothèse selon laquelle l'un des deux tribunaux ne possédait tout simplement pas les compétences nécessaires, il est possible de conclure que cet aspect du droit international des investissements demeure une zone grise nécessitant davantage de recherche et de réflexion parmi la communauté juridique.

Ce travail ne doit pas être interprété comme signifiant que l'incohérence entre certaines sentences arbitrales ne constitue pas un problème. Cette incohérence représente évidemment une cause d'incertitude pouvant nuire aux investissements internationaux. C'est pourquoi l'objectif dans les années à venir doit inéluctablement être l'atteinte d'une plus grande

---

<sup>118</sup> Cheng, *supra* note 63 à la p 134.

cohérence au sein des décisions d'arbitrage entre investisseurs et États. Ce processus semble déjà être enclenché : les arbitres réfèrent de plus en plus aux décisions précédentes<sup>119</sup>, à un point tel que Catherine Kessedjian qualifie la situation de « ongoing conversation between arbitrators<sup>120</sup> ».

D'ailleurs, le simple fait de parler de l'actuelle incohérence joue un rôle majeur dans la réduction de celle-ci<sup>121</sup>. Zachary Douglas, dont les propos sont cités par Gabrielle Koffmann-Kholer, mentionne que la doctrine pourra jouer un rôle fondamental dans l'harmonisation des décisions<sup>122</sup> puisqu'évidemment, tout arbitre aspire à être nommé à nouveau et n'apprécie pas la critique à son endroit<sup>123</sup>.

Pour reprendre une image d'Alexis de Tocqueville, « the entire man is, so to speak, to be seen in the cradle of the child<sup>124</sup> ». De la même façon, le droit international des investissements, et particulièrement son processus de résolution des différends, n'en est qu'à ses premiers balbutiements<sup>125</sup>. Ainsi, il est fort probable qu'il ne fasse actuellement que traverser une « crise de croissance<sup>126</sup> » qui se résorbera avec le temps.

---

<sup>119</sup> Commission, *supra* note 102 à la p 149.

<sup>120</sup> Kessedjian, *supra* note 15 à la p 54.

<sup>121</sup> Tams, *supra* note 115 aux pp 246, 247.

<sup>122</sup> Commission, *supra* note 102 à la p 155.

<sup>123</sup> Coe Jr., Jack J. "Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods" (2003) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* à la p 1437.

<sup>124</sup> De Tocqueville, Alexis. *Democracy in America*, Joseph Epstein, dir, Bantam Classic Book, 2000 à la p 1835.

<sup>125</sup> Franck, *supra* note 59 à la p 50.

<sup>126</sup> Alvarez and Khamsi, *supra* note 5 aux pp 469-470, citant Brigitte Stern, "The Future of International Investment Law: a balance between the protection of investors and the States' capacity to regulate", dans José E. Alvarez et al., dir, *The Future of International Law and Policy*, (à venir).

## Bibliographie

### Ouvrages généraux

Alvarez, José E. et Kathryn Khamsi. "The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime," dans Karl P. Sauvant, dir., *Yearbook of International Investment Law & Policy* (2009) <http://www.vcc.columbia.edu/pubs/>

Cheng, Tai-Heng. "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration" dans Andrea K Bjorklund, Ian A Laid et Sergey Ripinsky, dir, *Investment treaty law: current issues III*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, 149.

De Tocqueville, Alexis. *Democracy in America*, Joseph Epstein, dir, Bantam Classic Book, 2000.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

D. Franck, Susan. "Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements" dans Karl P. Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir, *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, 143.

Gallager, Norah. "Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendes: Problems and possible solutions" dans Loukas A. Mistelis et Julian D.M. Lew, dir, *Pervasive problems in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 329.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?" dans E. Gaillard et Y. Banifatemi, dir., 2004, *IAI Series on International Arbitration* No. 1, 189.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Is Consistency a Myth" dans E. Gaillard et Y. Banifatemi, dir, 2008, *Precedent in International Arbitration*, 137.

Kessedjian, Catherine. "To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration Awards" dans Catherine A. Rogers et Roger P. Alford, dir, *The future of investment arbitration*, New York, Oxford University Press, 2009, 43.

Mann, Howard. "Transparency et Consistency in International Investment Law: Can the Problems be Fixed by Tinkering?" dans Karl P. Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir, *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, 213.

Paulsson, Jan. "Avoiding Unintended Consequences" dans Karl P. Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir, *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, 241.

Paulsson, Jan. "International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law" dans Albert Jan van den Berg, dir, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, Montreal, ICCA Congress Series, 2006, 879.

Schill, Stephan W. *The multilateralization of international investment law*, New York, Cambridge University Press, 2009.

Schreuer, Christoph. "Preliminary Rulings in Investment Arbitration" dans Karl P. Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir., *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, 207.

Schreuer, Christoph et Matthew Winiger, "A Doctrine of precedent?" dans Peter Muchlinski, Frederico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1189.

Tams, Christian J. "Is There A Need for an ICSID Appellate Structure?" dans Hofmann, Tams, dir, *The International Convention for the Settlement of Investment Disputes: Taking Stock After 40 Years*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

Tracton, Michael K. "Provisions in the New Generation of U.S. Investment Agreements to Achieve Transparency and Coherence in Investor-State Dispute Settlement" dans Karl P. Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir., *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, 201.

#### **Articles de revue**

Alvarez, Guillermo A. et William Park. "The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11" (2003) 28 *Yale Journal of International Law* 365.

Bjorklund, Andrea K. "Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals Is Not Working" UC Davis Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 124, Novembre 2007.

Bodansky, Daniel. "The Concept of Legitimacy in International Law", (2008) 194 *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* 309.

Brower II, Charles H. "Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter" (2000) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 37.

Brower, Charles N. et Stephan W. Schill. "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?" (2008-2009) 9 *Chicago Journal of International Law* 471.

Burke-White, William W. "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System" (2008) 199(3) *A.J.W.H.* 199.

Coe Jr., Jack J. "Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods" (2003) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1381.

Commission, Jeffrey P. "Precedent in Investment Treaty Arbitration; A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", (2007) *Journal of International Arbitration* 24(2) 129.

Côté, Pierre-André. « La notion d'interprétation manifestement déraisonnable - Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation », XIe Conférence des Juristes de l'État, 1992, 107.

Franck, Susan D. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions" (2005), *Forham Law Review*, vol.73 1521.

Franck, Susan D. "The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?" (2005), 12 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 47.

Howse, Robert et Efraim Chalamish. "The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: A Reply to Jürgen Kurtz" (2009) 20(4) *The European Journal of International Law* 1087.

Kaufmann-Kholer, Gabrielle. "Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse?" (2007), 23 *Arbitration International* 357.

Kaufmann-Kholer, Gabrielle. "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal" (2005), 2(5) *Transnational Dispute Management*.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle. « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public », (2004), 39(2) *Revue libanaise d'arbitrage*.

Kurtz, Jürgen. "The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontent" (2009) 20(3) *The European Journal of International Law* 749.

Kurtz, Jürgen. "The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration" (2010) 25(1) *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 200.

Reinish, August. "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes" (2004) 3 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 37.

Spoorenberg, Franck et Jorge A. Viñuales. "Conflicting decisions in International Law", (2009) 8 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 91.

Tremblay, Luc B. "La norme de retenue judiciaire et les « erreurs de droit » en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme" (1996) 56 *Revue du Barreau* 141.

### **Table des sentences arbitrales**

*Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, Award (ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Nov. 21, 2007).

*Corn Products International, Inc. v. Mexico*, Decision on Responsibility (ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Jan. 15, 2008).

## **Convention internationale**

*Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 Mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331.*