



Cahier de recherche  
Continentalisation 06-06  
ISSN 1714-7638

**INTERPRÉTATION ET LÉGITIMATION :**

**LES TRIBUNAUX ARBITRAUX FORMÉS EN VERTU DU  
CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA ONT-IL PEUR DE LA  
CONTESTATION AUX ÉTATS-UNIS ?**

***RÉMI BACHAND***



Centre Études internationales et Mondialisation  
Institut d'études internationales de Montréal  
Université du Québec à Montréal  
C.P. 8888, succ. Centre-ville,  
Montréal, H3C 3P8

Tel : (514) 987 3000 # 3910  
<http://www.ceim.uqam.ca>

AVRIL 2006

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur-e et ne reflètent pas nécessairement ceux du Groupe de Recherches sur l'Intégration Continentale (GRIC) ou des membres du Centre Études internationales et Mondialisation (CEIM).

Au cours de la dernière décennie, le mécanisme de règlement des différends inséré dans le chapitre 11 de l'ALÉNA et qui permet aux investisseurs d'avoir recours à la juridiction d'un tribunal arbitral international a fait l'objet de bien des débats. De la même façon, certaines des plaintes formulées grâce à lui ont soulevé moult passions dans les groupes d'opposition aux accords de commerce. On se souviendra, par exemple, de l'émoi qu'avait causée la poursuite de l'entreprise états-unienne Ethyl contre le Canada lorsque celui-ci a interdit l'usage de son produit, prétextant le danger que celui-ci représentait pour l'environnement et la santé de la population. La requête d'Éthyl s'est, rappelons-le, soldée par une entente hors-cours où le Canada s'engagea à verser 13 millions de dollars à l'entreprise. Des procédures engagées, cette fois, sur la base de l'*Accord sur le commerce intérieur*, ont subséquemment forcé le Canada à permettre à nouveau l'utilisation du produit<sup>1</sup>. C'est avec colère que plusieurs groupes d'opposition (les groupes *antimondialisation* comme on les appelait à l'époque) avaient accueilli ce résultat.

C'est avec le même état d'esprit que le résultat de deux nouvelles poursuites (*Metalclad c. Mexique* et *S.D. Myers c. Canada*) fut reçu par ces mêmes groupes. Se développa à cette époque le sentiment que ce fameux chapitre sur l'investissement avantageait de façon exagérée les intérêts des investisseurs étrangers au détriment de la capacité des États de légiférer dans des domaines tels que la protection de l'environnement et qu'il empêchait ceux-ci d'adopter des politiques de développement national. La requête de U.P.S contre le Canada (pas encore réglée) dans laquelle la compagnie états-unienne se plaint du monopole de Postes Canada n'a, on s'en doute, rien fait pour calmer les choses.

Pourtant, au cours des dernières années, quelques-unes des requêtes intentées par des investisseurs canadiens contre les États-Unis ont été totalement rejetées par les tribunaux arbitraux. Dans deux de ces cas au moins, face à des allégations sérieuses de violations du chapitre 11, ces tribunaux ont décidé de donner raison à l'État, faisant à chaque coup des interprétations très favorables aux gouvernements, cette caractéristique faisant en sorte que ces décisions se distinguent, croyons-nous, des interprétations faites par les tribunaux dans plusieurs autres affaires analogues. Ce sont ces deux décisions qui seront au cœur de l'analyse qui suivra où nous réfléchirons sur les raisons qui ont pu inciter ces tribunaux à rendre de telles décisions.

Ce texte est divisé en cinq parties. Dans la première, nous développerons un cadre d'analyse qui nous permettra, croyons-nous, de mieux comprendre la façon dont ces décisions ont été rendues. Brièvement, cette partie proposera la thèse suivante : les règles n'étant pas suffisantes pour offrir à elles seules la solution à un problème ou un différend juridique, d'autres variables doivent être prises en considération pour

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails, voir : Bachand, R., *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA: Quelles leçons en tirer*, (2001) GRIC, aux pp. 21-23.

comprendre le raisonnement juridique menant à la décision. Ces autres éléments non-juridiques forment, au même titre que les règles elles-mêmes, autant de contraintes empêchant le tribunal de statuer comme bon lui semble, en fonction des préférences personnelles de ses membres. Dans la seconde, nous ferons ressortir certains éléments du contexte social aux États-Unis au moment où ces décisions ont été rendues. Les troisième et quatrième parties serviront à analyser le raisonnement juridique de ces deux décisions, *Loewen c. États-Unis* (partie 3) et *Methanex c. États-Unis* (partie 4). Nous formulerons, en conclusion, quelques questions que nous inspire l'étude de ces cas.

## LES CONTRAINTES DU TRIBUNAL LORS DE L'INTERPRÉTATION JURIDICTIONNELLE.

Un apport essentiel du réalisme juridique a été de démontrer que les règles, à elles seules, ne sont pas suffisantes pour déterminer, par une action déductive, le résultat d'un problème juridique<sup>2</sup>. Si certains radicaux sont jadis allés jusqu'à suggérer qu'elles n'avaient comme rôle que de justifier des décisions prises *a priori* en fonction d'autres critères, notamment psychologiques<sup>3</sup>, le développement de la pensée réaliste a évolué vers des analyses qui, tout en réhabilitant les règles et en leur reconnaissant à tout le moins un certain rôle de guide pour les décisions juridictionnelles, tentent de comprendre leur relation avec les autres éléments tels que l'idéologie, la légitimation et les opinions politiques des membres des tribunaux, éléments qui sont déterminants dans la formulation finale d'une décision juridictionnelle.

À cet égard, des analyses telles que celle de Duncan Kennedy<sup>4</sup> qui tente de comprendre le processus décisionnel en fonction des contraintes auxquelles fait face le juge et qui l'empêchent de statuer invariablement de façon militante en fonction de ses opinions politiques, semblent être devenues un point de départ incontournable pour comprendre la relation existant entre les règles et les facteurs sociaux – et, en premier lieu, l'identité de ceux-ci – qui ont une influence sur les tribunaux au moment de l'interprétation. L'« analyse par les contraintes » développée par Kennedy souffre toutefois de certaines difficultés, qui viennent probablement du fait que cette idée précise a été développée sur moins de deux pages dans *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*. D'abord, il évoque deux catégories ou typologies de contraintes (contraintes qui viennent du texte, c'est-à-dire les « contraintes non-embarrassées par la règle » et les « contraintes par le texte », puis les « contraintes externes » et les « contraintes internes »), mais sans vraiment expliquer le lien existant entre ces deux types de contraintes qui, si nous comprenons bien, se juxtaposent d'une certaine façon. Ensuite, le contexte idéologique influençant inconsciemment les membres du tribunal (à ne pas confondre avec les préférences idéologiques des juges qui sont centrales à la thèse soutenue par Kennedy) n'est pas évoqué (en tout cas, pas explicitement dans cette section de l'ouvrage), contexte qui constitue en soi un élément important pour comprendre la façon dont les décisions

---

<sup>2</sup> Voir par exemple : Llewellyn, K., « A Realistic Jurisprudence - The Next Step » (1930) 30 *Colum. L. Rev.* 431 et, du côté des internationalistes, Ross, A., *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, Einar Munksgaard, 1946 ; et Sørensen, M., *Les sources du droit international*, Copenhagen, Einar Munksgaard, 1946.

<sup>3</sup> Voir, par exemple, Jerome Frank pour qui : « Les jugements judiciaires, comme les autres jugements, sont, sans doute et dans la plupart des cas, formulés à l'envers, c'est-à-dire en partant des conclusions » : Frank, J., *Law and the Modern Mind*, 2<sup>e</sup> édition, New York, Brentano's Pub., 1931, à la p. 101 [notre traduction].

<sup>4</sup> Kennedy, Du., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1997, particulièrement aux pp. 160-161.

juridictionnelles sont prises. L'analyse qui suit s'inspire de ce qu'on pourrait appeler l'« analyse par les contraintes » de Kennedy, tout en s'employant à s'en détacher afin de contourner ces difficultés.

Les règles, en premier lieu, constituent les premières contraintes auxquelles les tribunaux se trouvent confrontés. Parfois, et Kennedy qualifie cette situation de « contrainte par le texte », le tribunal se verra forcé de rendre une décision qui le rend insatisfait parce que l'utilisation par déduction de la règle ne lui offre aucun autre choix. Dans d'autres situations (les « contraintes non-embarrassées par la règle »), le choix qui lui sera offert se résumera à choisir entre deux versions des faits. Dans des cas beaucoup plus fréquents cependant, il aura en effet à choisir une version des faits, mais celle-ci ne le dirigera pas nécessairement vers une réponse évidente. D'une certaine façon, on peut dire qu'elles sont les premières à circonscrire la subjectivité qui est accordée aux tribunaux : si elles ne disent pas *quelle décision le tribunal devra prendre*, elles lui indiquent quand même clairement *quelles décisions il ne pourra pas prendre*. Quoi qu'il en soit, et malgré ce que peuvent en penser certains « sceptiques envers la règle » radicaux<sup>5</sup>, le tribunal ne sera jamais face à une situation où il pourra, de manière absolue, juger comme bon lui semble, sans prendre les règles en considération. Rompant avec Kennedy qui sépare les « contraintes non-embarrassées par la règle » des « contraintes par le texte », nous parlerons de façon indistincte de l'ensemble de ces contraintes sous la rubrique « contraintes textuelles ».

Une fois établies ces limites à l'intérieur desquelles le tribunal pourra formuler son jugement, d'autres contraintes apparaissent qui concernent la légitimité des tribunaux. Les premières de ces contraintes, qu'on appellera les « contraintes de légitimité juridique », font en sorte que les tribunaux se sentent l'obligation de rendre des décisions qui sembleront, aux yeux d'un « auditoire » formé du public profane autant que de la communauté juridique, conformes au droit et aux « tendances jurisprudentielles ». Cette contrainte se distingue des contraintes textuelles parce que certaines des possibilités n'ayant pas été exclues à l'étape des contraintes textuelles le seront ici, par exemple parce que, face à des situations semblables à celle en l'espèce, les tribunaux ont pris l'habitude de statuer d'une certaine façon, possiblement différente

<sup>5</sup> La thèse de l'indétermination radicale du droit peut-être illustrée par cet exemple donné par Peller :

« Par exemple, même une règle apparemment déterminée telle que l'âge minimal requis pour être président est indéterminée. Il est possible que l'âge de trente-cinq ans ait voulu dire, pour les Fondateurs, un certain niveau de maturité plutôt qu'un nombre intrinsèquement significatif d'années. Si c'est le cas, il est possible d'argumenter pour faire valoir que la traduction de la règle dans notre univers social demeure trente-cinq ans d'âge. Il est possible qu'un âge plus jeune puisse être utilisé étant donné que les enfants, de nos jours et grâce aux médias de masse, connaissent le monde plus jeune qu'auparavant. Il pourrait aussi être soutenu qu'un âge plus élevé devrait être utilisé puisque l'on donne de nos jours aux enfants moins de responsabilités sociales qu'à l'époque révolutionnaire. »

Peller, G., « The Metaphysics of American Law » (1985) 73 *Cal. L. Rev.* 1151, à la p. 1174 [notre traduction].

de la façon qu'aurait préféré adopter le tribunal en question, ce qui incitera fortement le tribunal à ne pas se démarquer de ces raisonnements faits ultérieurement.

Le second type de contraintes de légitimité, dont il sera particulièrement sujet dans ce texte, représente celles que nous appellerons les « contraintes de légitimité substantive ». Ces contraintes procèdent, une fois de plus, d'un certain dialogue avec l'auditoire, mais ne concernent plus cette fois une conformité apparente de la décision avec les règles à suivre, mais plutôt le résultat *substantif* de la décision ou, en d'autres mots, les *effets de celles-ci sur la société*. Il s'agit maintenant de rendre une décision dont les effets ne seront pas totalement incompatibles avec le résultat espéré par ceux capables de menacer la crédibilité du tribunal, ou encore du traité ou de l'organisation desquels le tribunal tire sa compétence. En plus d'une réponse apportée à ceux dont les valeurs pourraient être heurtées par une décision, ce moment de l'interprétation s'adresse aussi à ceux qui pourraient éventuellement s'adresser au tribunal. À une époque où on se questionne de plus en plus sur les effets de la multiplication des juridictions habilitées à se prononcer sur les mêmes questions<sup>6</sup>, il est fort probable que, par exemple, des tribunaux arbitraux démontrent une ouverture particulière à l'égard des investisseurs pour que ces derniers (qui sont généralement ceux qui choisissent auprès de quel tribunal ils désirent déposer leurs requêtes) continuent de faire appel à leurs services<sup>7</sup>.

Enfin, une dernière dimension importante, non-évoquée par Kennedy, est de nature idéologique. Ces « contraintes idéologiques » se distinguent des autres parce qu'elles sont les seules à être « transversales », c'est-à-dire qu'elles s'exercent à chaque moment du raisonnement juridique menant à la décision. Elles se distinguent également (et spécialement des contraintes de légitimité substantive) parce que contrairement aux autres, elles sont inconscientes, c'est-à-dire que leur prise en considération n'est pas le fruit d'un effort réfléchi d'un tribunal qui se dirait, par exemple, « je ne peux rendre cette décision parce qu'elle n'est pas conforme à l'opinion publique ». Elles s'exercent donc inconsciemment à chaque moment du raisonnement en forçant le tribunal à renoncer aux décisions qui sont contraires à une vision partagée du monde tel qu'il devrait être.

En dernier lieu, la thèse de Kennedy soutient – avec raison – qu'une fois l'ensemble de ces contraintes contournées, le champ est libre pour que le tribunal exerce ses fonctions de façon militante, c'est-à-dire qu'il rende une décision qui soit conforme à ses propres idéaux politiques, sa vision personnelle de la société telle qu'elle devrait être.

---

<sup>6</sup> Voir, par exemple : Koskenniemi, M., et P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » (2002) 15 *Leiden J.I.L.* 553.

<sup>7</sup> Voir, par exemple, l'affaire *Tradex c. Albanie* où le tribunal s'est reconnu compétence en faisant une application rétroactive d'une loi : CIRDI, *Tradex Hellas S.A. vs Albanie*, (ARB/94/2) (décision sur la juridiction) (29 avril 1999) : voir aussi *infra* page 14.

## LE CONTEXTE ÉTATS-UNIEN

Une particularité du droit international économique – et, comme on le sait, du droit de l’investissement – concerne la contestation importante à laquelle il a dû faire face en Occident au cours des dernières années par rapport aux autres domaines du droit international. Cette contestation, c’est aussi connu, est particulièrement féroce aux États-Unis depuis la seconde moitié des années 1990. Des manifestations d’opposition à l’Accord multilatéral sur l’investissement (AMI) et, plus violentes encore, celles s’étant déroulées parallèlement à la Conférence ministérielle de l’OMC à Seattle en 1999 jusqu’aux débats sur la constitutionnalité de l’ALÉNA, les accords économiques conclus par les États-Unis sont, d’une part, de plus en plus scrutés à la loupe autant avant et au moment de leur entrée en vigueur que lors de leur application quotidienne, et d’autre part, largement contestés, bien souvent parce qu’ils sont perçus comme privilégiant le commerce et la protection de la propriété privée à d’autres valeurs telles que la démocratie, les droits humains et le respect de l’environnement. Ce qui est contesté, en d’autres termes, c’est le fait qu’apparemment, ces accords empêcheraient le gouvernement de réglementer dans ces domaines lorsque la législation souhaitée heurte les intérêts des investisseurs étrangers. Dans bien des cas, plus encore que quelques dispositions malcommodes qui seraient contestées, c’est la légitimité même de ces accords et de l’ordre économique international qui est remise en question et menacée. Enfin, il est important de souligner que si cette contestation est plus significative que lorsqu’elle survient dans des pays périphériques, c’est que les États-Unis, à cause de leur place dans le système économique international et contrairement à ces autres pays dont la politique étrangère est grandement influencée et déterminée par des pressions extérieures (exercées souvent par Washington !), les États-Unis donc, ont une plus grande marge de manœuvre pour répondre à la contestation de leur société civile en modifiant leur politique étrangère, en faisant évoluer d’une façon ou d’une autre le contenu des accords.

Il est important de noter que cette contestation ne s’oppose pas uniquement aux accords commerciaux et à leurs aspects concrets, mais cherche également à se positionner en tant qu’opposition au cadre idéologique dominant. Ce cadre idéologique, qui semble guider autant la rédaction de ces accords que leur interprétation, postule que le développement (et, par conséquent, la mise en œuvre des droits humains, par exemple) passe par la croissance économique qui, elle-même, serait grandement favorisée (voire, aurait comme exigence) par l’entrée en vigueur d’accords commerciaux favorisant la libéralisation des biens, des services et des investissements. Il met, de plus, fortement l’accent sur la protection des investissements étant donné l’effet négatif postulé de l’instabilité et de la menace à leur égard sur les entrées d’investissements directs étrangers (cet aspect est prouvé du fait du nom donné à un grand nombre de traités



bilatéraux d'investissements, *Accords de promotion et de protection des investissements*). Cette grille idéologique nous apparaît donc, au moment de l'interprétation, comme contrainte idéologique guidant les tribunaux vers un certain type de décisions et l'incitant à en exclure d'autres.

C'est dans un tel contexte de remise en cause, notamment, de l'ALÉNA et de son chapitre sur l'investissement que doivent se comprendre les deux décisions dont il sera ici question, à savoir *Loewen c. États-Unis* et *Methanex c. États-Unis*.

## LOEWEN C. ÉTATS-UNIS

La requête déposée par le Groupe Loewen et Raymond Loewen contre les États-Unis concerne un traitement apparemment discriminatoire dont aurait été victime la partie demanderesse lors d'un procès civil dans une juridiction du Mississippi. Cette requête concernait une poursuite intentée par un ancien partenaire commercial de Loewen (la famille O'Keefe et, particulièrement, le père de celle-ci) au sujet de contrats dont la somme totale était inférieure à 8 millions de dollars. Ce procès, qui a donné lieu à des événements pour le moins étranges dans un pays supposé appliquer la règle de droit, s'est soldé par l'obligation pour Loewen de verser la somme de 500 millions de dollars à la famille O'Keefe (nous répétons que le montant total des contrats faisant l'objet de la poursuite n'atteignait pas les 8 millions !), dont 400 pour dommages et intérêts. Le texte de la décision décrit ainsi l'atmosphère de ce procès :

Le verdict fut le résultat d'un procès de sept semaines dans lequel, selon la partie demanderesse, le juge a continuellement permis aux avocats d'O'Keefe de faire de commentaires impertinents et préjudiciables concernant (i) la nationalité étrangère de la partie demanderesse (qui contrastait avec les racines qu'O'Keefe avait au Mississippi) ; (ii) les distinctions fondées sur les origines ethniques [*race-based distinctions*] entre O'Keefe et Loewen ; et (iii) les distinctions de classes entre Loewen (que les conseillers d'O'Keefe ont décrit comme étant une grande corporation) et O'Keefe (dont l'entreprise était décrite comme étant un commerce familial). De plus, selon la partie demanderesse, après avoir permis ces commentaires, le juge a refusé de donner des instructions au jury indiquant clairement qu'il ne leur était pas permis, dans leur décision, de discriminer sur des critères de nationalité, d'ethnies ou de classes<sup>8</sup>.

En particulier, Loewen se plaignait auprès du tribunal de certains commentaires faits par l'avocat de la famille O'Keefe, Me Gray, dont voici quelques exemples, constatés par le tribunal arbitral :

Loewen était en partie financé par la banque Hong Kong et Shanghai, banque britannique et de Hong Kong [...]. La stratégie de O'Keefe a été de présenter le cas en évoquant la lutte de Jerry O'Keefe pour son pays et contre les Japonais [sic] et l'exhortation de Me Gray (conseiller principal d'O'Keefe) au jury de remplir leurs tâches en tant qu'États-Uniens et que Mississippiens<sup>9</sup>.

[...]

Le conseiller de O'Keefe a incité le jury à exercer «le pouvoir du peuple du Mississippi» à exiger des dommages massifs [de Loewen]<sup>10</sup>.

[Dans son plaidoyer final, Me Gray] [a] associé la lutte de Jerry O'Keefe contre Loewen à ses exploits de l'époque de la guerre contre les Japonais, assurant qu'il était alors

<sup>8</sup> CIRDI, *Loewen c. États-Unis* (ARB(AF)/98/3) (26 juin 2003) § 5 [notre traduction].

<sup>9</sup> *Ibid.*, § 56 [notre traduction].

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 58 [notre traduction].

motivé par la «fierté de l'Amérique [États-Unis]» et l'«amour pour son pays». Au contraire, Me Gray a qualifié le cas Loewen comme en étant un de «Excusez-moi, je suis du Canada». Plus encore, Me Gary a commencé son plaidoyer en mettant l'accent sur le nationalisme :

«Le service que vous pouvez rendre dans ce cas est plus important que n'importe quel honneur qu'un citoyen de ce pays peut recevoir, à l'exception d'aller à la guerre et de mourir pour son pays» [...].

Il a décrit le système états-unien de jury comme en étant un pour qui O'Keefe  
«O'Keefe a combattu et pour lequel certains meurent» [...]

Me Gray est revenu sur ce thème à la fin de son plaidoyer  
« [O'Keefe]<sup>11</sup> s'est battu et certains meurent pour les lois de cette nation, et ils [Loewen]<sup>12</sup> vont l'abattre pour être un États-Unien<sup>13</sup>.

Puis, comparant O'Keefe à Loewen :

«Il n'a ni l'argent ni le pouvoir qu'ils ont, mais il a du cœur et du caractère, et il refuse de se laisser abattre».

«Vous savez que votre responsabilité comme juré vous laisse beaucoup de pouvoir... Vous avez le pouvoir de mettre les grandes corporations à genoux lorsqu'ils sont dans le tort. Vous voyez le mal, faites le bien. Agissez et arrêtez-les»<sup>14</sup>.

Une particularité du droit de l'État du Mississippi est qu'il exige aux parties voulant porter une cause civile en appel qu'elles versent une caution équivalant à 125 % du montant exigé par la première instance au moment de la demande d'appel. Dans le cas qui nous concerne, cette somme équivalait donc à un montant de 625 millions de dollars, somme que Loewen fut incapable de rassembler. Ses avocats ont bien sûr tenté de faire réduire cette somme, tel que le permet exceptionnellement le droit de cet État, mais en vain (notons que le juge qui officiait lors de ces requêtes était le même que celui ayant présidé le procès civil). Après avoir tenté de multiples façons de réunir le montant nécessaire, Loewen a accepté de régler l'affaire à l'amiable en versant 175 millions à la famille O'Keefe, à la suite de quoi la compagnie a réorganisé ses actifs aux États-Unis, en plaçant la totalité de ceux-ci sous l'égide d'une nouvelle entreprise états-unienne, le Groupe Loewen, en tant qu'entreprise canadienne, ayant fait faillite et fermé.

Ces événements sont donc au fondement de la requête déposée par Loewen auprès du CIRDI (utilisant, bien sûr, le mécanisme additionnel puisque le Canada n'a pas ratifié la Convention de Washington) tel que le permet l'ALÉNA. Les violations alléguées étaient celles des articles 1102 (traitement national), 1105 (standard minimum de traitement) et 1110 (expropriation) de l'ALÉNA.

<sup>11</sup> Les crochets dans l'original de la sentence.

<sup>12</sup> Les crochets dans l'original de la sentence.

<sup>13</sup> CIRDI, *Loewen c. États-Unis*, *supra* note 8, § 61 [notre traduction].

<sup>14</sup> *Ibid.*, § 68 [notre traduction].

Devant autant d'évidences, le tribunal arbitral a d'abord établi que le procès s'étant soldé par l'obligation, pour Loewen, de verser ladite somme à O'Keefe, était contraire aux standards qu'exigeaient les articles évoqués dans la requête. Il a également rappelé qu'il était bien connu que la responsabilité internationale d'un État pouvait être engagée par une mesure prise par le pouvoir judiciaire. Il a toutefois fait valoir que pour que cette responsabilité soit engagée, il n'est pas suffisant qu'un tribunal inférieur ait rendu un jugement incompatible avec les obligations internationales de l'État dans la mesure où le plaignant a l'obligation d'épuiser les recours internes, pourvu que cela soit possible, c'est-à-dire que ceux-ci s'avèrent « efficaces et adéquats et sont raisonnablement disponibles à la partie demanderesse dans les circonstances dans lesquelles elle se trouve »<sup>15</sup>. Loewen n'ayant pas porté sa cause en appel, le tribunal se devait donc d'évaluer dans quelle mesure les raisons ayant provoqué cette décision étaient justifiées, c'est-à-dire, en d'autres mots, si l'accès à la Cour suprême du Mississippi avait vraiment été impossible pour Loewen après son échec en première instance.

Or, le tribunal a refusé de rencontrer les arguments de Loewen selon lesquels un tel recours était impossible, principalement sous prétexte que les avocats de l'entreprise n'ont pas suffisamment expliqué les raisons qui ont incité la partie demanderesse à s'engager, dans une entente hors cours, avec la famille O'Keefe ni, de façon parallèle, que l'appel en Cour suprême n'était pas accessible. En d'autres termes, le tribunal ne s'est pas montré convaincu que l'exigence de déposer une caution de 625 millions rendait ce pourvoi impossible pour Loewen. Dans ses mots :

Même si l'entente acceptée a peut-être été une mesure raisonnable à prendre de la part de Loewen, nous sommes obligés de spéculer sur les raisons qui l'ont poussé vers cette décision plutôt que de choisir l'une des autres options. Nous ne sommes pas dans une situation où nous pouvons affirmer qu'il s'agissait là de la seule décision que nous pouvions attendre de la part de Loewen.

De ce fait, notre conclusion est que Loewen n'a pas épuisé les recours internes, et notamment la Cour Suprême et que, par conséquent, Loewen n'a pas montré qu'il y a eu violation du droit coutumier international ou violation de l'ALÉNA pour laquelle la partie défenderesse serait responsable<sup>16</sup>.

Le tribunal s'est ensuite attardé aux arguments des États-Unis qui contestaient la juridiction du tribunal sous prétexte que la réorganisation de l'entreprise sous l'égide d'une compagnie états-unienne a fait en sorte que Loewen, n'étant plus de nationalité canadienne, ne peut se prévaloir du chapitre 11, réservé aux investisseurs d'une autre partie à l'accord que celle contre qui la requête est déposée. Cette rupture du lien unissant Loewen au Canada ferait en sorte que l'entreprise ne pourrait plus, selon les États-Unis, être considérée comme un investissement d'une autre Partie aux termes des

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, § 168 [notre traduction].

<sup>16</sup> *Ibid.*, § 216 et 217 [notre traduction].

articles 1116<sup>17</sup> (plainte déposée par un investisseur) et 1117<sup>18</sup> (plainte déposée par un investissement) de l'ALÉNA. Nous soulignons à ce sujet qu'il nous semble particulièrement curieux que ce sujet n'ait été abordé qu'à la fin de la sentence puisque si une décision avait été prise dès le départ, la très grande partie de la sentence aurait pu être épargnée.

Concernant la contestation états-unienne de sa compétence, donc, le tribunal a fait remarquer que les articles 1116 et 1117 exigeant que la partie demanderesse soit, *au moment de la requête*, un investisseur ou un investissement d'une autre Partie à l'Accord, mais demeurerait silencieux sur la question de savoir si ce lien de nationalité devait persister tout au long des procédures. Renvoyant à la décision *Mondev c. États-Unis*<sup>19</sup> dans laquelle le tribunal s'est reconnu compétent en soulignant l'inexistence de règles à ce sujet et en soutenant que les tribunaux se devaient de faire une analyse au cas par cas pour fonder leurs décisions, il a fait remarquer que : « rien dans le langage du traité, ni dans les cas décidés sous celui-ci, ne répond à la question de savoir si une nationalité continue jusqu'à la résolution du différend est nécessaire [pour que la compétence du tribunal puisse être reconnue] »<sup>20</sup>.

L'absence de règles sur ce sujet, autant dans le traité que dans la jurisprudence, exigeait donc que le tribunal utilisât les règles générales de droit international pour fonder sa décision. Rappelant que « Lorsque des requêtes en matière d'investissement ont été négociées et réglées uniquement au niveau gouvernemental, n'importe quel changement dans la nationalité de la partie demanderesse élimine la seule raison permettant ces négociations. Le gouvernement demandeur n'a, en effet, plus de citoyens à protéger »<sup>21</sup>. La décision à tirer de ce constat est la suivante :

[Le Groupe Loewen] a suggéré que des considérations d'équité soient prises en considération dans la mesure où c'est d'abord et avant tout ladite décision de la cour du Mississippi qui forcé l'entreprise à déclarer faillite. Nous avons déjà répété notre opinion concernant les iniquités subies par [le Groupe Loewen] durant le procès et une cour d'équité prendrait certainement cette requête en considération lors de sa décision. Mais nous formons ici un tribunal international dont la juridiction découle de et est limitée par la rédaction de l'ALÉNA. Quelles que soient les raisons à l'origine de la décision [du Groupe Loewen] de faire faillite, ses conséquences ont brisé la chaîne de nationalité exigée par le traité<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Article qui stipule que : « *Un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage*, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation découlant [...] », *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 no.2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994 [ci-après ALÉNA], art. 1116 [nos italiques].

<sup>18</sup> « Un investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant [...] : *Ibid*, art. 1117 [nos italiques].

<sup>19</sup> CIRDI, *Mondev c. États-Unis* (ARB(AF)/99/2) (11 octobre 2002) § 91.

<sup>20</sup> CIRDI, *Loewen c. États-Unis*, *supra* note 8, §228 [notre traduction].

<sup>21</sup> *Ibid*, §229 [notre traduction].

<sup>22</sup> *Ibid*, §234 [notre traduction].

Le tribunal a donc rejeté totalement la demande de Loewen, statuant qu'il n'était pas compétent pour rendre une décision sur le fond, décision qu'il avait, de façon surprenante, *de facto* rendue avant de statuer sur sa compétence.

Cette décision appelle un certain nombre de commentaires. Le premier concerne la décision sur la compétence parce que celle-ci a fait en sorte que quelle qu'aurait été la décision sur le fond, celle-ci devenait sans effet dès le moment où le tribunal rejetait sa compétence à rendre une telle décision. Il faut d'abord replacer cette décision dans le contexte « d'un mouvement très général d'interprétation large de la quasi-totalité des conditions de compétence dans la juridiction du [CIRDI] »<sup>23</sup>. Quelques exemples peuvent être évoqués pour démontrer jusqu'à quel point les tribunaux CIRDI ont, depuis quelques années, pris l'habitude d'interpréter les règles fondant leur compétence de façon très libérale de façon à pouvoir se pencher sur presque tous les cas.

D'abord, dans le cas sur lequel se prononçait le professeur Gaillard au moment de faire le commentaire cité, un tribunal CIRDI s'est reconnu compétent en faisant une application *rétroactive* d'une loi albanaise au fondement de sa compétence. Cette loi était entrée en vigueur le premier janvier 1994 et prévoyait que les investissements étrangers pouvaient soumettre un différend au CIRDI. Ces investissements étrangers étaient définis comme étant ceux ayant été faits à partir du 31 juillet 1990. L'investissement au cœur du différend avait été fait en 1992, mais ses actifs avaient été liquidés en 1993 après que les mesures desquelles il se plaignait eurent été prises. Alors qu'on aurait pu s'attendre à ce que le tribunal conclût que sa compétence était limitée aux mesures prises *après* l'entrée en vigueur de la loi, mesures desquelles pouvaient se plaindre des investisseurs pour des investissements effectués à partir du 31 juillet 1990, il a plutôt fait une interprétation lui permettant de se pencher aussi sur des mesures prises à partir de cette dernière date<sup>24</sup>.

Il y a lieu également de mentionner ces quelques cas impliquant des investisseurs venant de pays Parties à des traités (permettant un recours en arbitrage international) avec le pays d'accueil de l'investissement, mais ayant signé des contrats d'exploitation prévoyant que les différends seront réglés devant les tribunaux nationaux du pays où a été effectué l'investissement. La question s'étant posée aux tribunaux arbitraux dans ces cas là est évidemment de savoir si la disposition du contrat évoquant le recours aux tribunaux nationaux excluait définitivement la possibilité pour l'investisseur d'avoir recours à la compétence du tribunal arbitral international. Évidemment, les États engagés dans les différends soutenaient que la volonté des parties allait clairement dans ce sens. Les tribunaux ont pourtant généralement soutenu que ces dispositions insérées

---

<sup>23</sup> E. Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales » (2000) 127 *J.D.I.* 149, à la p. 161.

<sup>24</sup> CIRDI, *Tradex Hellas S.A. vs Albanie*, *supra* note 7.

dans les contrats ne concernaient que les réclamations fondées sur le contrat (*contract-claims*) mais n'empêchaient nullement l'investisseur de se prévaloir de la juridiction arbitrale pour se plaindre d'une violation du traité (*treaty-claims*) même si les faits reprochés sont, *de facto*, les mêmes dans les deux situations<sup>25</sup>. De manière un peu semblable, s'est aussi posée la question de savoir si un tribunal arbitral international pouvait être compétent lorsqu'un investisseur a porté un différend quelconque devant un tribunal interne avant de déposer une requête au CIRDI, alors que le contrat d'exploitation contenait la clause dite de l'action irrévocable (*fork on the road*) qui exige des parties, une fois prise la décision d'utiliser l'une des juridictions (nationale ou internationale) auxquelles il lui est possible d'avoir recours, de renoncer à l'autre. Or, une fois de plus, les tribunaux arbitraux se sont généralement reconnus compétents pour juger de telles questions en utilisant des raisonnements quelque peu similaires à ceux expliqués précédemment<sup>26</sup>.

Nous pouvons, en dernier lieu, évoquer la célèbre décision sur la juridiction dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*<sup>27</sup> où le tribunal a fait usage de la clause de la nation la plus favorisée insérée dans le traité d'investissement conclu entre l'Argentine et l'Espagne (dans lequel les règles concernant le mécanisme de règlement des différends n'auraient pas permis au tribunal de se reconnaître compétent) pour se reconnaître compétent, sous prétexte qu'un autre traité conclu par l'Argentine (avec le Chili) aurait dans un cas semblable permis un recours en arbitrage, caractéristique élargie aux investisseurs argentins grâce à la disposition prévoyant l'octroi, à ceux-ci, du traitement de la nation la plus favorisée<sup>28</sup>.

Il ne s'agit pas ici de critiquer ces décisions mais de faire remarquer que dans chacune d'elles, face à des situations où il aurait été extrêmement facile de refuser de se reconnaître compétents, les tribunaux ont interprété les règles de manière à pouvoir exercer leur juridiction.

Au contraire de ces autres affaires, le tribunal, dans *Loewen c. États-Unis*, a fait une interprétation très restrictive des questions de compétence. Il a d'abord fait remarquer, à juste titre, que les articles 1116 et 1117 exigent explicitement qu'un lien de nationalité entre un investisseur et une autre Partie existe au moment de déposer la requête. Il a enchaîné en expliquant que ces articles demeurent cependant silencieux sur la question

<sup>25</sup> Voir notamment : CIRDI *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine* (ARB/97/3) (21 novembre 2000); CIRDI *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi (ex-Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine* (ARB/97/3) (décision d'annulation) (3 juillet 2002) qui confirme la première décision ; ainsi que CIRDI *Lanco International, Inc. v. Argentine* (décision sur la juridiction) (ARB/97/6) (8 décembre 1998).

<sup>26</sup> Par exemple, CIRDI *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine*, *ibid* ; et *Salini c. Maroc*, (ARB/00/4) (décision sur la juridiction) (23 juillet 2001) dans (2002) 129 *J.D.I.* 196.

<sup>27</sup> CIRDI, *Emilio Augustín Maffezini c. Espagne*, (ARB 97/7) (décision sur la juridiction) (25 janvier 2000).

<sup>28</sup> Voir aussi CIRDI, *Siemens A.G. c. République Argentine*, (ARB/02/8) (décision sur la juridiction) (3 août 2004) qui fait le même raisonnement.

de savoir si ce lien doit exister tout au long des procédures, ce qui force le tribunal à chercher ailleurs que dans l'accord pour répondre à cette question. Ultimement, les règles de droit international qu'il a choisi d'utiliser établissaient, selon lui, que ce lien de nationalité devait être ininterrompu tout au long des procédures. Or, il appert que le tribunal aurait fort bien pu faire un autre raisonnement, tout aussi convaincant, qu'il lui aurait permis de se reconnaître compétent à juger de l'affaire sur le fond. Il aurait bien pu faire une interprétation textuelle de l'accord, et en venir à la conclusion selon laquelle la seule exigence imposée par les articles 1116 et 1117 est d'être un investisseur d'une autre partie *au moment du dépôt de la requête* ; que, contrairement au raisonnement fait, puisque l'accord ne précise pas qu'un tel lien doit exister tout au long des procédures, et considérant le principe selon lequel ce qui n'est pas interdit est permis, un tel lien n'était pas nécessaire. Cette décision, nous semble-t-il, aurait été conforme, non seulement au texte de l'accord ainsi qu'à son but et son objet (la protection des investissements des investisseurs des autres parties) mais également à la tendance jurisprudentielle observée depuis quelques années au CIRDI en matière de décisions sur la juridiction.

Concernant le fond de la décision, on doit d'abord rappeler que l'une des raisons principales, si ce n'est la raison la plus importante, ayant poussé les pays Occidentaux à s'adresser aux pays du Tiers-monde<sup>29</sup> pour la conclusion de traités d'investissement était justement que les premiers ne faisaient pas confiance aux systèmes judiciaires des seconds qui étaient réputés pour rendre des jugements discriminatoires à l'égard, notamment, des investisseurs occidentaux. Ce raisonnement a été particulièrement important aux yeux de Washington au moment d'élargir le traité de libre-échange canado-états-unien au Mexique. Or, dans le cas qui nous intéresse, c'est précisément ce genre de comportement qu'on reproche à un tribunal états-unien. Cette ironie « tiers-mondiste » va jusqu'au point où le tribunal du Mississippi a même permis que soient évoquées les thèses de l'« impérialisme canadien » pour inciter les jurés à pencher en faveur d'O'Keefe !

Nous croyons que le raisonnement du tribunal est pleinement justifiable. En effet, l'idée que c'est du système judiciaire dans son ensemble plutôt que de la décision d'un seul tribunal que peut apparaître un déni de justice est parfaitement défendable et conforme aux règles de droit international. Cela dit, l'idée qu'une mesure puisse être contraire au droit international à cause de ses effets *de facto* même si elle est *de jure* conforme à celui-ci est bien reconnue en droit international économique. Comme nous le verrons plus loin, plusieurs décisions émanant de l'Organe de règlement des différends de

---

<sup>29</sup> Sur l'utilisation du concept de Tiers-monde plutôt que « pays du Sud » ou « en développement », voir l'explication convaincante de M. Mutua pour qui : « Le terme *Tiers-monde* est différent de *moins développés*, *enclins aux crises*, *en voie d'industrialisation*, *en voie de développement*, *sous-développés* ou *le Sud* parce qu'il capture correctement l'opposition dialectique entre les Européens et les non-Européens et qu'il identifie le pillage des derniers par les premiers » : « What is TWAIL ? » (2000) 94 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 31, à la p. 35 [notre traduction].



l'OMC et au moins une décision d'un tribunal arbitral formé conformément aux règles du CIRDI ont confirmé, par exemple, qu'une mesure peut violer l'obligation d'offrir le traitement national si ses effets se trouvent à être discriminatoires même si elle n'est pas *de jure* formulée de manière à favoriser les produits nationaux. Or, dans le cas qui nous intéresse, le tribunal aurait tout aussi bien conclu que, bien que Loewen avait techniquement la possibilité de porter la cause en appel, il y a bien eu déni de justice parce que ce recours leur était *de facto* impossible étant donné la démesure de la caution exigée pour ce faire.

Une fois ce constat fait – que le tribunal aurait, s'il avait voulu, admettre les arguments de l'investisseur Loewen – on doit, une fois de plus, remettre cette décision dans son contexte en la comparant aux décisions rendues par les tribunaux arbitraux compétents grâce aux règles de l'ALÉNA, mais aussi d'autres traités d'investissements.

Or, à cet égard, la conclusion que nous allons tirer se doit d'être modérée du fait d'un certain équilibre qu'ont cherché à préserver les tribunaux. Par exemple, dans un certain nombre de cas, les tribunaux ont rendu des décisions totalement favorables aux États. Il faut toutefois dire que dans plusieurs de ces affaires (notons au passage, *Robert Azinian c. Mexique* ou la partie demanderesse se plaignait du fait que le Mexique ait brisé un contrat que l'investisseur avait – et de loin – été incapable d'honorer<sup>30</sup> ; ou encore *ADF c. États-Unis* qui concernait un appel d'offres alors que l'article 1108 exclut clairement les marchés publics du domaine du chapitre sur l'investissement<sup>31</sup>), les contraintes textuelles étaient tellement fortes qu'il aurait été presque impossible aux tribunaux d'en venir à un résultat différent. À d'autres occasions, (par exemple, *Pope & Talbot c. Canada* où l'investisseur se plaignait d'une mauvaise distribution des quotas suite à un accord sur l'exportation de bois d'œuvre aux États-Unis et qui s'est partiellement fait donner raison par le tribunal parce que l'administration publique lui aurait imposé des exigences trop difficiles à remplir au moment de ce calcul des quotas<sup>32</sup>), le tribunal a rejeté en grande partie l'argumentation de la partie demanderesse dont les fondements étaient, à notre avis et pour l'exemple mentionné, très incertains, pour n'en retenir qu'une parcelle et exiger de l'État qu'il verse à l'investisseur une compensation largement inférieure à celle qui était demandée au départ. Dans d'autres cas toutefois (par exemple, *S.D. Myers c. Canada* où la majorité du tribunal s'est attiré la critique de plusieurs en faisant valoir qu'une violation du traitement national, évidente dans cette affaire, entraînait automatiquement une violation de la norme minimale de traitement<sup>33</sup> ; ou, pour mentionner une décision portant sur une affaire découlant d'un autre accord que l'ALÉNA, *CMS c. Argentine*, où l'investisseur s'était plaint des mesures prises par

<sup>30</sup> CIRDI, *Robert Azinian c. Mexique* (ARB(AF)/97/2) (1<sup>er</sup> novembre 1999).

<sup>31</sup> CIRDI, *ADF Group c. États-Unis* (ARB(AF)/00/1) (9 janvier 2003).

<sup>32</sup> CNUDCI, *Pope & Talbot*, (décision finale) (10 avril 2001).

<sup>33</sup> CNUDCI, *S.D. Myers c. Canada* (première décision partielle) (13 novembre 2000), § 266. Rappelons que cette décision a incité les Parties à demander l'avis de la Commission du libre-échange qui a éclairci la question en contredisant cette conclusion de la majorité du tribunal.

la partie défenderesse en réaction à la crise financière ayant culminé en 2001 et qui s'est fait donner raison par le tribunal<sup>34</sup>), il a semblé à certains que les interprétations effectuées par les tribunaux lorsque les contraintes textuelles étaient suffisamment faibles pour leur offrir une marge de manœuvre ont mené à des interprétations relativement favorables aux investisseurs. En fait, et ce commentaire doit être fait avec les bémols qui s'imposent (au regard, notamment, de la décision rendue dans *Marvin Feldman c. Mexique* qui concernait des allégations de discrimination au moment du remboursement de taxes à des producteurs de cigarettes et où le tribunal a en grande partie, mais pas totalement, donné raison au Mexique<sup>35</sup>), il appert, premièrement, que lorsque les tribunaux ont rendu des décisions favorables aux États, c'est que les contraintes textuelles étaient telles qu'une décision différente était impossible ; deuxièmement, que lorsque ces contraintes textuelles étaient moins importantes, ils se sont souvent (quoi que pas toujours) montrés davantage sympathiques aux arguments de l'investisseur qu'à ceux de l'État partie. Or, et c'est le point essentiel que nous cherchons à soulever, ce qui distingue *Loewen c. États-Unis* des ces autres décisions, c'est que jamais auparavant un tribunal n'avait rendu une décision qui, tout en respectant les règles juridiques, c'est-à-dire en ne sortant pas de l'espace créé par les contraintes textuelles, paraissait aussi favorable aux États alors que tout portait à croire (ou tout *nous* portait à croire à tout le moins) qu'il allait sanctionner le comportement des États-Unis parce que la partie demanderesse avait été victime d'un déni de justice, un appel à la Cour suprême lui ayant été *de facto* inaccessible.

---

<sup>34</sup> CIRDI, *CMS Gaz c. Argentine* (ARB/01/8) (décision sur le fond), (12 mai 2005). Voir notre critique : Bachand, R., *CMS contre Argentine : Premières réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Note de recherche 05-05, 2005.

<sup>35</sup> CIRDI, *Marvin Feldman c. Mexique* (ARB(AF)/99/1) (16 décembre 2002).

## METHANEX C. ÉTATS-UNIS

De son côté, Methanex se plaignait de l'interdiction, par l'État de la Californie, de l'utilisation de MTBE, oxydant ajouté à l'essence fait à base de méthanol dont il est le principal producteur au monde. La requête déposée par cette entreprise était fondée sur l'allégation que cette mesure a été prise afin de promouvoir l'utilisation de l'éthanol, pouvant remplir les mêmes fonctions que le MTBE (et que le méthanol, selon la requête, puisque ce dernier produit a besoin d'être transformé afin de pouvoir servir d'oxydant pour l'essence) et dont le principal producteur aux États-Unis est Archer Daniels Midland (ADM), qui aurait apparemment contribué à la caisse électorale du futur gouverneur Davis, dont l'administration est à l'origine de la mesure. Concrètement, Methanex se plaignait de violations des articles 1102 (traitement national), 1105 (traitement juste et équitable) et 1110 (expropriation).

Pour le tribunal, la question juridique la plus importante (sur laquelle, nous le verrons, était fondée la contestation faite par les États-Unis de la compétence du tribunal) était de savoir si une mesure interdisant un produit (le MTBE) que ne produit pas directement un investisseur peut être considéré comme étant discriminatoire au regard de l'ALÉNA. Autrement dit, il fallait déterminer si un investisseur peut se plaindre d'une mesure qui ne le vise pas directement, mais de laquelle il subit des effets dommageables.

Cette question était centrale aux arguments des États-Unis qui, avant toute chose, contestaient la compétence du tribunal<sup>36</sup>. Le raisonnement de la partie défenderesse s'appuyait sur une interprétation de l'article 1101 (1) de l'ALÉNA, lequel se lit comme suit :

**Article 1101 : Portée et champ d'application**

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie et *concernant*

- a) les investisseurs d'une autre Partie;
- b) les investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie sur le territoire de la Partie; et
- c) tous les investissements effectués sur le territoire de la Partie, pour ce qui est des articles 1106 et 1114<sup>37</sup>.

Il est ici pertinent de donner la version anglaise de la première partie de l'accord :

<sup>36</sup> Pour les autres arguments de la contestation de la compétence du tribunal par les États-Unis, voir : CNUDCI, *Methanex c. États-Unis* (première décision partielle), (7 août 2002), § 127 à 147.

<sup>37</sup> *ALÉNA*, *supra* note 17, art. 1101 (1) [nos italiques].

**Article 1101: Scope and Coverage**

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party *relating to*:  
[...]<sup>38</sup>.

La question était bien entendu de savoir si le terme « concernait », (« *relating to* »), rendait nécessaire l'existence d'un lien juridique entre la mesure contestée et l'investisseur (ou l'investissement). Les États-Unis soutenaient évidemment que telle était la signification à donner à cet article et que l'absence d'un tel lien empêchait le tribunal de se reconnaître compétent. À l'inverse, la partie demanderesse prétendait que le seul fait qu'une mesure ait un effet sur un investissement est suffisant pour que celle-ci doive être conforme aux règles de l'ALÉNA.

Le raisonnement du tribunal sur cette question de compétence, expliqué dans sa première décision partielle rendue en août 2002, n'est pas sans être d'un certain intérêt. Il a d'abord examiné les arguments de l'investisseur qui soutenait qu'une interprétation textuelle de l'article, s'appuyant sur des définitions de quelques dictionnaires anglais, menait à l'établissement d'un lien entre le verbe « *relating* » et l'idée d'association, de relation et de « *connection* » en anglais. Une telle interprétation, on le conçoit, devait permettre au tribunal de retenir sa compétence à cause de l'effet qu'a eu l'interdiction du MTBE sur la production de méthanol, produit par Methanex. Le tribunal a toutefois rejeté cette interprétation. Pour lui, en effet, les définitions des dictionnaires utilisés par la partie demanderesse allaient plutôt dans le sens d'une relation d'un lien d'une certaine importance et dépassaient, du coup, le seul impact évoqué implicitement par l'investisseur dans son argumentation. Cela dit, une interprétation textuelle n'apparut pas suffisante au tribunal qui jugea nécessaire de faire une interprétation téléologique (cherchant à établir le but et l'objet du traité) afin de clarifier le sens des mots.

Cette interprétation téléologique, par ailleurs, ne pouvait pas non plus se faire conformément aux vœux exprimés par Methanex pour qui le contexte dans lequel l'article 1101 devait être interprété était celui d'un chapitre d'accord dont l'objet était la protection des investissements et des investisseurs, ce qui commandait une interprétation large et libérale. La conclusion, selon la partie demanderesse, d'une telle interprétation devait être que l'existence d'effets d'une mesure sur un investissement était suffisante pour établir la compétence du tribunal arbitral. Or, le tribunal a fait remarquer qu'une telle interprétation risquait d'étendre à l'infini la chaîne de causes à effets et qu'un seuil définissant un lien juridique entre une mesure et un investissement devait nécessairement être établi, de simples effets n'étant pas toujours suffisants pour que la protection offerte par l'ALÉNA couvre l'investissement souffrant apparemment de cette mesure.

---

<sup>38</sup> *Ibid* [nos italiques].

Cherchant à voir si, concrètement, ce seuil était inférieur ou supérieur aux effets qu'a eu la mesure sur l'investissement, le tribunal est venu à la conclusion qu'un lien pouvait possiblement être établi dans son exposé amendé de 2001<sup>39</sup> dans lequel il était allégué que « *le Gouverneur Davis [aurait] tenté de favoriser l'industrie états-unienne d'éthanol et de pénaliser les producteurs étrangers de méthanol et de MTBE* »<sup>40</sup>. Pour le tribunal, si Methanex s'avérait en mesure de prouver que les mesures de la Californie avaient bien comme objectif de protéger le marché de ADM contre la concurrence de Methanex, un lien suffisamment important serait par conséquent démontré et le tribunal pourrait se reconnaître compétent pour juger de l'affaire. Ce que ce raisonnement impliquait, c'est que pour rendre sa décision sur la compétence, le tribunal devait d'abord étudier les faits établissant le fond de l'affaire, puisque la requête était justement fondée sur les allégations selon lesquelles les mesures étaient discriminatoires. Les parties n'ayant pas encore plaidé sur le fond, la décision finale fut donc reportée et finalement rendue en août 2005.

Considérant ses remarques précédentes, le tribunal dut donc se pencher sur la question de savoir si les mesures furent véritablement prises, comme le soutenait la partie demanderesse, par le désir (de mauvaise foi) du Gouverneur Davis de défendre les intérêts de ADM et de punir Methanex. C'est dans un long passage de plus d'une cinquantaine de pages que le tribunal analysa les deux rapports<sup>41</sup> sur lesquels la décision d'interdire l'utilisation du MTBE était fondée et dont les fondements scientifiques et l'objectivité était remise en question par Methanex. Le tribunal analysa notamment les témoignages de plusieurs experts invités par les deux parties à commenter ces rapports. Cette analyse singulièrement exhaustive et développée a conduit le tribunal à la conclusion que, bien qu'il soit possible (voire normal) que des experts soient en désaccord avec ses conclusions, le rapport de l'UC était sérieux et objectif et répondait aux critères généralement exigés pour établir la scientificité d'une étude.

En second lieu, le tribunal s'est penché sur les arguments de Methanex selon lesquels les mesures étaient motivées par le désir du Gouverneur Davis de nuire à Methanex et de favoriser ADM. Pour appuyer ses dires, la partie demanderesse alléguait que le Gouverneur avait, au cours de sa campagne électorale, pris un repas avec des membres de la direction d'ADM ; que la Californie cherchait depuis plusieurs années à se munir d'une industrie d'éthanol ; que puisque des membres de la direction d'ADM avaient déjà été reconnus coupables d'avoir tenté de fixer le prix d'un supplément alimentaire animal, on pouvait conclure que la manipulation politique faisait partie de mœurs d'entreprises, etc. C'est à la suite d'une analyse particulièrement détaillée de chacune de

---

<sup>39</sup> Ici faut-il souligner que la partie demanderesse a produit deux versions des faits et que l'affirmation du tribunal à cet endroit se base sur la seconde version qui amendait la première d'entre elles.

<sup>40</sup> CNUDCI, *Methanex c. États-Unis* (première décision partielle), *supra* note 36, § 151 [notre traduction].

<sup>41</sup> Un premier de l'Université de la Californie (UC), un second du *California Environmental Protection Agency* (Cal. EPA) : *ibid.*, chapitre A.

ces allégations, analyse qui fait un peu plus de 27 pages dans la décision<sup>42</sup>, que le tribunal a rejeté les arguments de Methanex, jugeant ceux-ci non convaincants.

Le tribunal n'ayant pu, jusqu'à ce moment, trouver de lien entre les mesures prises par la Californie et l'investisseur, Methanex, il se devait donc de traiter de la question sur le fond, une violation du traité ayant automatiquement instauré un lien entre la mesure et l'investissement, établissant du coup la compétence du tribunal. Il a donc analysé tour à tour les violations alléguées par l'investisseur.

Concernant d'abord les accusations de violation du traitement national (article 1102), la première question était de savoir si Methanex se trouvait dans des circonstances similaires à ADM (qui jouissait d'un meilleur traitement que Methanex du fait que son produit demeurait légal), critères de comparaison nécessaires pour établir une violation de l'article. Pour Methanex, le traitement qui lui a été accordé relevait bien du domaine de l'article 1102 parce qu'elle et ADM étaient des concurrents luttant ultimement pour le même marché. De plus, le fait que l'interdiction de MTBE touche également des entreprises états-uniennes n'était pas pertinent puisque l'article 1102 (3) prévoit que le traitement accordé doit être le meilleur et non le moins bon accordé à des investisseurs nationaux. Enfin, il soutenait que les États-Unis ne pouvaient justifier ce traitement discriminatoire par des mesures environnementales qu'en respectant les quatre critères établis par la jurisprudence de l'OMC en interprétant l'article XX du GATT (repris par l'ALÉNA dans son article 2101) et qui sont les suivants : 1) les mesures doivent être *nécessaires* à des objectifs environnementaux ; 2) elles doivent être proportionnelles à l'importance de ces objectifs ; 3) elles doivent représenter les restrictions les moins restrictives ; 4) elles ne doivent pas être une restriction déguisée à l'investissement étranger.

Réfléchissant à ces arguments, le tribunal a rappelé que l'analyse du traitement national implique l'idée d'une comparaison. L'élément central d'une interprétation à cet égard concerne l'identification du « comparateur », c'est-à-dire des investisseurs nationaux auxquels on pourra comparer l'investisseur étranger évoquant l'article. Pour le tribunal, l'écueil de l'argumentation de Methanex réside dans le fait que cet investisseur veut se faire comparer à des investisseurs nationaux *similaires* alors qu'existent des investisseurs nationaux placés dans des circonstances *identiques*. Ce raisonnement, explique le tribunal, est prouvé par le fait que le chapitre 11 évoque l'octroi du traitement national dans des *circonstances similaires* plutôt que pour des *produits similaires*, formulation retenue par les rédacteurs dans d'autres chapitres. De plus, même en acceptant de comparer Methanex à des investisseurs *similaires* plutôt qu'*identiques*, il demeurerait impossible de comparer cette entreprise à ADM parce que le méthanol ayant besoin d'une transformation pour devenir du MTBE, il n'est pas un produit

---

<sup>42</sup> *Ibid*, Partie III, chapitre B.

similaire à l'éthanol. Le tribunal a donc refusé de reconnaître les violations du traitement national alléguées par l'investisseur.

Concernant les violations supposées de la norme minimale de traitement (article 1105), le tribunal a également repoussé les arguments de Methanex, considérant que ni le droit coutumier, ni l'interprétation faite par la Commission de l'ALÉNA ne reconnaissent une violation automatique de cette règle du fait d'un traitement discriminatoire (n'ayant d'ailleurs pas été démontré).

Au sujet des dispositions de l'ALÉNA concernant l'expropriation (article 1110), le tribunal a d'abord expliqué sa conception de ce concept :

En ce qui concerne le droit international général, une mesure non discriminatoire prise par voies légales à des fins d'intérêt public et qui affecte *inter alios* un investisseur ou un investissement étranger n'est pas présumé être une expropriation et nécessiter une compensation à moins que des engagements spécifiques n'aient été pris envers l'investisseur étranger putatif à l'effet de quoi le gouvernement s'abstiendrait d'appliquer de telles mesures<sup>43</sup>.

Or, rappelle-t-il, de telles assurances n'ont pas été données à Methanex. De plus, tel que constaté précédemment, le tribunal a jugé non fondée l'allégation de la partie demanderesse selon laquelle la mesure avait été prise à cause de la contribution d'ADM à la caisse électorale du Gouverneur Davis et constituait donc une expropriation. Il a donc refusé de reconnaître dans les agissements de l'État californien des actes assimilables à une expropriation.

En dernier lieu, ce rejet global des arguments de Methanex a fait en sorte que le tribunal n'a pu se reconnaître compétent sur cette affaire puisque la réglementation californienne ne *concernait pas* les intérêts de la partie demanderesse comme l'exige l'article 1101, conclusion sans grande signification, la partie défenderesse s'étant vue exonérée de tout blâme sur le fond.

Ce qui est remarquable dans cette décision, c'est qu'elle concerne un différend directement fondé sur le lien entre l'environnement et l'investissement (ou, autrement dit, sur l'interaction entre le commerce et les valeurs et intérêts extracommerciaux) tout en évitant presque totalement de se prononcer sur cette question. En fait, ce qui était en jeu dans cette affaire, c'était de savoir si les États peuvent adopter des mesures environnementales lorsque celles-ci heurtent les intérêts (protégés juridiquement par des instruments de droit international) d'investisseurs étrangers. Bien sûr, une partie de l'argumentation de Methanex concernait le fait que les mesures auraient été prises afin de favoriser ADM à son détriment. Mais une fois ces allégations repoussées, le fait

---

<sup>43</sup> *Ibid*, Partie IV, chapitre D, page 4 [notre traduction].

qu'ADM jouissait désormais de conditions plus favorables que Methanex sur le marché californien demeurait irrésolu.

À cette question, le tribunal aurait pu rendre un verdict que l'on qualifiera de « vert », c'est-à-dire favorable aux questions environnementales. Concernant les allégations de violations de la règle du traitement national, une réponse « verte » à l'affaire aurait pris la direction suivante : le méthanol (ou le MTBE) et l'éthanol ne sont pas des produits comparables et ne se trouvent pas dans des « circonstances similaires » *parce que, selon l'état actuel de nos connaissances scientifiques, le premier est plus dommageable pour l'environnement que le second*. En d'autres mots, les deux produits, bien qu'ayant la même finalité d'usage, ne peuvent être comparés l'un avec l'autre à cause de leur composition intrinsèque différente. Un tel raisonnement aurait pu, éventuellement, être élargi afin de distinguer des produits identiques, mais ayant été produits dans des conditions différentes (par des travailleurs syndiqués ou non ; par des entreprises respectant certains critères de discrimination positive favorables à certains groupes marginalisés, etc.). Un tel raisonnement aurait été convaincant pour la seule raison *que c'est bien de ça qu'il s'agissait* : un produit polluant apparemment davantage qu'un produit concurrent. Au lieu de ça, le tribunal a préféré utiliser une argumentation selon laquelle les deux produits ne peuvent être comparés parce qu'il existe des produits identiques (et non pas seulement similaires) à ceux fabriqués par la partie demanderesse et, subsidiairement, parce que l'un d'entre eux a besoin de subir quelques transformations avant de concurrencer le second.

Ce raisonnement est aussi surprenant considérant la jurisprudence constante à l'OMC<sup>44</sup> à l'effet de quoi une violation du traitement national pouvait être constatée du fait qu'une discrimination *de facto* a été trouvée<sup>45</sup> et que l'objectif de cette règle est d'éviter un protectionnisme déguisé<sup>46</sup>. Un tel raisonnement a d'ailleurs trouvé écho dans certaines décisions de tribunaux arbitraux s'étant penchés sur des questions relatives au chapitre 11<sup>47</sup>. Nous ne soutenons pas qu'il s'agisse ici d'un cas de protectionnisme déguisé. N'empêche qu'il nous semble que le raisonnement se distingue par rapport à la jurisprudence à laquelle nous sommes habitués en droit international économique et que le refus d'identifier ADM comme étant un « comparateur » possible pour Methanex se démarque de la tendance observée en droit international économique.

<sup>44</sup> Rappelons qu'il est arrivé que des tribunaux arbitraux formés en vertu du chapitre 11 utilisent la jurisprudence de l'OMC afin de justifier leur décision : CNUDCI, *S.D. Myers c. Canada*, *supra* note 33, notamment § 244 à 246 ; CNUDCI, *Pope & Talbot*, *supra* note 32, notamment § 46 à 63, 68 et 69.

<sup>45</sup> La règle du traitement national servirait fondamentalement à protéger le rapport compétitif et « à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs » : GATT, *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* (L/6175 - 34S/154) (17 juin 1987) § 5.2.2.

<sup>46</sup> GATT : *Canada – Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation* (L/6304 - 35S/38) (22 mars 1988) et OMC, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (WT/DS8/AB/R), (WT/DS10/AB/R) et (WT/DS11/AB/R) (4 octobre 1996).

<sup>47</sup> CIRDI, *Marvin Feldman c. Mexique*, *supra* note 35, § 169.



Cette décision se distingue également pour l'ampleur et l'exhaustivité de l'analyse des documents et des propos d'experts visant à justifier et à expliquer que les mesures prises par le Gouverneur n'étaient pas fondées sur un désir de protéger une entreprise locale mais, au contraire, sur des rapports conformes aux exigences de scientificité généralement requises lors d'études environnementales. Le tribunal prend plus de 50 pages dans sa décision pour résumer les analyses faites par les experts au sujet, notamment, du rapport de l'UC, et un peu plus de 25 pages pour analyser les allégations selon lesquelles le Gouverneur Davis avait des contacts étroits avec ADM, ce qui aurait influencé sa décision. Nous ne pouvons faire autrement que saluer ce soin méticuleux pris par le tribunal afin d'étudier les faits et d'expliquer son raisonnement. Ce souci du détail tranche, par exemple, avec la rapidité avec laquelle le tribunal formé pour juger de l'affaire *CMS c. Argentine* a cherché à voir si les mesures prises par l'Argentine pour juguler les effets de la crise étaient économiquement justifiées. En effet, c'est, *grosso modo*, à l'intérieur de cinq paragraphes que le tribunal, dans cette affaire, explique que plusieurs experts s'étaient présentés devant lui, certains arguant que les effets de la crise étaient catastrophiques et que les mesures prises étaient essentielles, d'autres que ceux-ci n'étaient pas suffisamment importants pour justifier les mesures prises ou que d'autres mesures étaient possibles, et que, par conséquent, le tribunal était d'avis que les effets de la crise ne pouvaient permettre à l'Argentine de se désengager de sa responsabilité internationale<sup>48</sup>. Bien sûr s'en suivent d'autres explications sur la façon d'interpréter les règles juridiques (le projet d'articles sur la CDI sur la responsabilité de l'État) mais c'est, nous le répétons, à l'intérieur de ces paragraphes que les faits sont, si on peut dire, analysés.

En dernier lieu, la définition offerte de l'expropriation par le tribunal mérite certains commentaires. Le premier d'entre eux est qu'il semble se distinguer, non seulement des autres définitions offertes par les autres tribunaux, mais du texte de l'accord lui-même ! Rappelons d'abord celui-ci, tel que codifié dans l'article 1110 de l'ALÉNA :

1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf :
  - a) pour une raison d'intérêt public ;
  - b) sur une base non discriminatoire ;
  - c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1);
  - et
  - d) moyennant le versement d'une indemnité [...] <sup>49</sup>.

De la façon dont nous comprenons la formulation de cet article, une expropriation est permise à condition qu'elle soit faite pour une raison d'intérêt public, sur une base non discriminatoire, conformément à la loi *et qu'elle soit accompagnée d'une compensation*.

<sup>48</sup> CIRDI, *CMS Gaz c. Argentine*, *supra* note 34, § 320 à 324.

<sup>49</sup> ALÉNA, *supra* note 17, art. 1110 (1).

En d'autres termes, et contrairement à ce que soutient la définition du tribunal, une mesure peut bien être non discriminatoire, prise par voies légales à des fins d'intérêt public et affectant un investisseur étranger, elle peut faire l'objet d'une obligation de verser une compensation si elle est une expropriation. Suffit donc de voir si une mesure est une expropriation ou non et à cette question, il semble encore une fois que, contrairement à ce que nous dit la décision, une mesure puisse bien être une expropriation même si le gouvernement ne s'est pas formellement engagé envers l'investisseur à ne pas prendre de telles mesures. Une telle conception s'appuie d'ailleurs sur différentes explications fournies par des tribunaux formés en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA qui, tout en étant fortement disparates, s'écartent toutes d'une vision de l'expropriation où seules les mesures que l'État s'est engagé à ne pas prendre peuvent être considérées comme tel.

Nous avons déjà évoqué cette question ailleurs plus en détail<sup>50</sup> mais rappelons quand même ceci : d'une part, l'incertitude entourant la définition de l'expropriation a fait en sorte que des tribunaux ont fait une application fort disparate de ce concept ; d'autre part, que jamais une définition aussi étroite n'en avait été offerte. En effet, l'expropriation a, à certaines occasions, été définie de façon à inclure, par exemple, les mesures fiscales qui empêchent la jouissance effective des biens d'un étranger<sup>51</sup>; à d'autres, il a été mentionné que l'expropriation :

n'inclut pas seulement des prises de possession ouvertes, délibérées et connues, telles que des saisies illégales ou des transferts formels ou obligatoires de titres en faveur de l'État hôte, mais couvre aussi des interférences incidentes à l'égard de l'utilisation de la propriété ayant comme effet de priver le propriétaire du tout ou d'une part significative de l'utilisation ou des attentes de bénéfices économiques raisonnables liés à sa propriété même si l'action ne bénéficie pas de toute évidence à l'État<sup>52</sup>.

Dans d'autres cas, les définitions proposées sont allées beaucoup moins loin que dans ces deux dernières affaires<sup>53</sup>, mais tout en restant davantage conformes à notre propos ainsi qu'à l'article 1110 qu'à ce qu'en dit la décision *Methanex c. États-Unis*.

Qu'on nous comprenne bien : nous sommes évidemment très heureux de constater que le panel ait rendu une décision qui ne pénalise pas les États-Unis parce que l'un de ses États a pris des mesures environnementales au détriment, supposément, des intérêts d'investisseurs étrangers. Ce qui nous étonne, c'est cette impression que le raisonnement soutenant la décision est relativement différente des raisonnements habituellement tenus dans des affaires similaires impliquant d'autres pays.

<sup>50</sup> R. Bachand, M. Gallié et S. Rousseau, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques » (2003) 49 *Annuaire français de droit international*, 575, aux pp. 593-596.

<sup>51</sup> CNUDCI, *Pope & Talbot* (décision intérimaire) (26 juin 2000), §99.

<sup>52</sup> CIRDI, *Metalclad c. Mexique* (ARB/(AF)/97/1) (30 août 2000), §103 [notre traduction, nos italiques].

<sup>53</sup> Voir, par exemple, CNUDCI *S.D. Myers c. Canada*, *supra* note 33, qui distingue l'expropriation des mesures de régulation afin que ces dernières ne fassent pas systématiquement l'objet de compensation ; et CIRDI, *Marvin Feldman c. Mexique*, *supra* note 35, qui abonde dans le même sens.

## CONCLUSION

L'analyse développée ci-haut des affaires *Loewen c. États-Unis* et *Methanex c. États-Unis* nous amène à nous poser certaines questions que nous allons formuler au regard du cadre théorique développé précédemment.

Il appert en premier lieu que les contraintes textuelles ont délimité de manière assez large le terrain à l'intérieur duquel les deux décisions devaient être prises. À cet égard, nous avons tenté de montrer qu'autant sur la compétence que sur le fond, les tribunaux auraient pu interpréter ces règles de façon à rendre des décisions contraires à celles qui ont été rendues. Nous avons même exprimé l'opinion selon laquelle la façon dont le tribunal, dans *Methanex*, avait défini l'expropriation, n'était pas totalement conforme à la façon dont l'article 1110 était rédigé. Notre conclusion – et celle-ci va directement dans le sens indiqué par le courant réaliste depuis au moins 75 ans – est que les règles, à elles seules, sont dans bien des cas incapables de nous expliquer les décisions juridictionnelles.

De la même façon, les contraintes de légitimité juridique ne semblent pas avoir été d'une grande importance dans le raisonnement des tribunaux dans ces affaires. Nous avons expliqué qu'en s'en tenant à une approche formaliste où l'accès *de jure* à la Cour suprême du Mississippi était suffisant pour montrer que la partie demanderesse n'avait pas épuisé les recours internes et n'avait pas été victime d'un déni de droit au sens du droit international, le tribunal, dans *Loewen*, est allé à l'encontre d'une tendance jurisprudentielle qui prend également les aspects *de facto* pour considérer s'il y a violation des obligations de l'État. Nous avons aussi cherché à montrer que la façon d'analyser le « comparateur » par le tribunal formé pour régler le différend *Methanex c. États-Unis* s'est aussi distingué de la tendance jurisprudentielle.

Il semble également que les contraintes idéologiques n'aient pas, non plus, joué un rôle fondamental dans ces deux décisions. Dans l'affaire *Loewen* plus particulièrement, la décision du tribunal va clairement à l'encontre de ce cadre idéologique dominant en établissant un seuil à partir duquel le traitement offert à un investisseur étranger par le système judiciaire d'un État constitue un déni de justice est extrêmement élevé. Dans *Metalclad*, le tribunal a bien sûr rejeté la requête, mais n'est quand même pas allé jusqu'à établir clairement de limites que la protection de l'environnement pourrait imposer à celle des investissements. Il a également préféré rejeter la possibilité de comparer *Methanex* et *ADM* en fonction du fait que le méthanol doit être transformé en *MTBE* pour concurrencer l'éthanol, plutôt que d'affirmer que les deux produits sont différents, sur la base que l'un pollue davantage que l'autre.

Ce constat selon lequel les contraintes textuelles, idéologiques et de légitimité juridique n'ont eu qu'un faible effet sur le résultat de ces deux affaires nous guide vers notre conclusion que nous formulerons sous la forme de questions plutôt que d'une affirmation.

Nous devons d'abord rappeler deux éléments particuliers de ces décisions : d'une part, le contexte de contestation aux États-Unis à l'encontre des accords qui, comme l'ALÉNA, favorisent démesurément (selon certains) les investisseurs étrangers ainsi que le rôle de meneur de ce pays concernant la propagation de ces accords partout dans le monde ; et d'autre part le fait que ces décisions se distinguent à plus d'un titre par rapport à la tendance observée dans d'autres décisions. Les questions sont donc les suivantes : quelle est la relation existant entre ces deux variables ? Quelle a été l'importance de la contestation observée sur l'interprétation et le raisonnement des tribunaux ayant mené à ces décisions ? Les contraintes de légitimité substantive n'ont-elles pas été, finalement, les plus importantes dans le raisonnement menant à ces décisions ? Les tribunaux n'ont-ils pas été grandement influencés par une certaine recherche de légitimité (de leur juridiction et de l'ALÉNA) au moment de la rédaction de leur décision ? Si les réponses à ces questions sont positives, c'est le caractère fondamentalement étatique et volontariste du droit international (c'est-à-dire le postulat de caractère paradigmatique selon lequel les règles sont contraignantes parce que les *États* y ont *volontairement* consenti) qui doit être remis en question. C'est également la place de la société civile dans son ensemble (c'est-à-dire autant les groupes contestataires dont nous avons fait mention que les bourgeoisies nationales et transnationales, par exemple) dans la formation de ces contraintes de légitimité (mais aussi, subséquentement, idéologiques) qu'il faut étudier. Enfin, partant du fait que la contestation aux États-Unis risque d'avoir un impact plus grand sur la société internationale que celle en Argentine, par exemple, parce que le premier pays est davantage capable que le second de résister aux pressions internationales et que sa politique en matière économique internationale finit bien souvent par influencer grandement celle des autres pays du monde, partant de ce fait, donc, il est pertinent de réfléchir sur l'inégalité de pouvoir entre les différentes sociétés nationales.