

Phase canadienne du procès simulé en droit international — 1979

THE 1979 PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL LAW MOOT COURT COMPETITION*

PATRIA V. THE REPUBLIC OF JUSTIA

THE PROBLEM

The Government of Patria and the Republic of Justia have submitted the following controversy for resolution by the International Court of Justice.

The Applicant is the Government of Patria and the Respondent is the Government of the Republic of Justia.

The parties have stipulated that the information in the Statement of Facts is true.

This is a hypothetical problem drafted exclusively for the purposes of the 1979 Jessup Competition. Neither the facts nor the national laws described and annexed are intended to portray actual situations or national legislation.

* Copyright © by the Association of Student International Law Societies and the American Society of International Law. — All rights reserved.

La publication du texte du problème et des deux mémoires a été aimablement autorisée par Cynthia Huber, Executive Secretary of the American Student International Law Societies, (Washington, D.C.).

Pharmaca Inc., is a corporation incorporated under the laws of Patria, a developed country. In 1955 it established a wholly owned subsidiary, Subpharm S.A., (Société Anonyme) in Justia which is one of the developing countries of the world. Over the years, 20% of the shares of Subpharm were sold to nationals of Justia and 80% remained in the hands of Pharmaca Inc.

In 1968, Pharmaca developed a process to produce a painkilling drug with no narcotic content. It patented the process in Patria and three months later it patented the process in Justia. Both Patria and Justia were then parties to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as revised at Stockholm (1967). The drug was marketed in Patria under the registered trademark "Calmian". When in 1971 Pharmaca decided to market "Calmian" in Justia, it registered the trademark there. In 1971, Justia's laws on patents and trademarks, passed in 1930, bore the features commonly found in the national industrial protection laws of Western Europe.

Until 1973 "Calmian" was manufactured in Patria and exported to Justia; Subpharm acted as distributor for the drug. In February 1973, the Justian government, by decree, increased import duties on all pharmaceuticals by 60%, except for those to be specifically excepted by reason of public interest. "Calmian" was not in a category excepted.

In July 1973 Pharmaca and Subpharm entered into a licensing agreement whereby Pharmaca licensed to Subpharm its patents on "Calmian" as well as the trademark. Moreover, Pharmaca made available in the agreement with Subpharm necessary unpatented information, i.e. "know-how" for the manufacture of the drug.

The licensing agreement (hereinafter The Agreement) between Pharmaca Inc., and Subpharm S.A. (Société Anonyme) contained a large number of provisions setting out in detail the rights and duties of the parties regarding the patents and trademarks to be licensed, as well as the non-patented trade secrets to be divulged to Pharmaca in connection with the manufacture of "Calmian".

Among the clauses in the agreement were the following:

1. Subpharm was to grant back to Pharmaca all improvements to the process of making "Calmian" without compensation;
2. Subpharm was not to challenge the validity of either the patents or the trademark but if it did so, Pharmaca could cancel the Agreement forthwith;
3. Chemists and certain other personnel engaged in the preparation of "Calmian" in Justia had to be Pharmaca employees brought from Patria;

4. Prices to be charged for "Calmian" in Justia were to be set by common accord between Subpharm and Pharmaca;
5. Subpharm was to purchase exclusively for Pharmaca four chemical preparations deemed essential to the manufacture of "Calmian";
6. Subpharm was not to export "Calmian" manufactured in Justia;
7. Subpharm was obligated to use the trademark "Calmian" in marketing the drug;
8. The agreement was to be in force for two years beyond the expiration of any patents relating to the drug;
9. Until the expiration of the agreement Subpharm was to pay Pharmaca 14% of the annual net sales of "Calmian" as well as any taxes due to Justia from Pharmaca on the royalties for "Calmian";
10. Upon expiry or invalidation of the agreement all know-how in the form of trade secrets and supporting drawings or documents made available to Subpharm by Pharmaca in the agreement was to revert to the latter and commercial use of it by Subpharm was to cease.
11. The agreement was to be governed exclusively by the law of Patria, excluding its conflict of laws rules, and all disputes arising from validity, performance or interpretation of the agreement were to be settled exclusively by arbitration in accordance with the arbitration rules of the Patria Chamber of Commerce in Patria.

A number of political developments and legislative enactments affecting transfer of technology rules and industrial property protection, as well as foreign investment, followed the election and inauguration of a new president and parliament in Justia in March 1975. The new president declared that acquiring technology was essential to Justian economic development and industrialization, but that technology, like Prometheus, was bound by many fetters and Justia was forced to pay too much for technology, aggravating the country's balance-of-payments problem. He noted that other developing countries had also faced this problem and that international organizations, such as the U.N. Conference on Trade and Development (UNCTAD), had documented that multi-national corporations had an unequal bargaining advantage in their dealings with developing countries and that these firms frequently imposed restrictions, particularly on their own subsidiaries, that were incompatible with the economic development interests of host countries. The president pointed to two resolutions on the "New International Economic Order" passed at the Sixth Special Session

of the U.N. General Assembly in 1974 and to the "Charter of Economic Rights and Duties of States" adopted later that year, as well as the work by the UNCTAD Intergovernmental Group of Experts on a Code of Conduct Governing the Transfer of Technology as signaling a new era in international economic relations and providing a basis for the new Justian program on technology transfer. He also stated that the international patent and trademark systems could be detrimental to economic development and agreed with other developing countries that the relevant international conventions should be reinterpreted and revised.

Accordingly in July 1975 a law was enacted in Justia entitled "A Law to Regulate the Transfer of Technology". Among its provisions was the requirement that all transfer of technology agreements concluded before the date of entry into force of the Transfer of Technology Law be submitted within 6 months to the Registry for the Transfer of Technology (hereinafter Registry) for approval in the same manner as new agreements. Relevant parts of the Law on Transfer of Technology are annexed hereto.

In September 1975, the President of Justia denounced the Paris Convention and the Treaty of Friendship and Commerce with Patria to the extent that they were inconsistent with the "new economic law" and the economic development goals of Justia as a developing nation. The President indicated that notification would be made to the Director General of the Union formed by the Paris Convention.

In October 1975 a new Law on the Protection of Industrial Property came into force. It continued protection of patents and trademarks, but made some changes in the law. On the patent side, it reduced, both retroactively and prospectively, the life of any patent registered by a foreigner or foreign owned or controlled enterprise to eight years. The previous length of protection had been 15 years; the 15 year period of protection was to continue, under the new law, for patents registered by Justian nationals. Another new provision of the law obligated the holder of any patent registered in Justia to grant a license for use of the patent and related know-how whenever the Minister of Industry deemed that by such compulsory licensing the economic development of Justia would be assisted. The licensor in the case of a compulsory license would receive a statutory payment of 3% of net sales up to a certain level of sales. A new provision in the trademark section stated that any trademark of foreign origin or owned by a foreign person or enterprise which was intended to cover goods manufactured or produced in Justia would have to be used in conjunction with a trademark initially registered

in Justia; both marks were to be displayed in an equally visible manner on the goods. Failure to comply with this provision within six months of the coming into force of the law would cause cancellation of the registration of the trademark. Further provisions of the law extended this requirement for all licensing agreements between foreign owners of a trademark, or any owner of a trademark initially registered abroad, and Justian persons or enterprises.

In January 1976 an amendment to the Justian Law on the Protection and Regulation of Foreign Investment came into effect. Its most important provision contained the requirement that within one year all enterprises in certain sectors, including pharmaceuticals, would be required to have at least 61% of shares owned by Justian nationals or the Government of Justia, and two out of three directors Justian nationals. If an enterprise refused to comply, it would be subject to nationalization under the Justia Nationalization Law.

In the same month, an amendment to Justia's Nationalization Law came into effect. It provided a new compensation formula for enterprises to be nationalized. The compensation to be paid to the owners of any nationalized enterprise was to be based on the reasonable value of the physical plant, other property owned by the enterprise and its goodwill. Subtracted from these items would be any excess profits of the enterprise in the past 20 years. Payment of compensation was to be made in Justian currency and over such a period of time as would not impede the economic and social development of Justia. The compensation scheme in each case was to be formulated and decided by a special panel of non-governmental experts appointed by the Premier of Justia. It should be recalled that the decision to nationalize a company, under the law, was to be made by the Premier of Justia, upon the recommendation of the Minister of Industry following a decision by the Nationalization Board, a body made up of high officials of the interested Justian ministries, which reported their findings to the Minister of Industry.

The licensing Agreement was submitted by Subpharm to the Registry for approval and registration in November 1975. In February 1976 the Registry informed Subpharm that the Agreement contained so many clauses that were contrary to the letter as well as spirit of the Law on Transfer of Technology that the Agreement could not be approved for registration and would have to be thoroughly re-negotiated and re-submitted for approval. Subpharm immediately followed the appeals procedure set forth in the Law on

Transfer of Technology.* On April 30, 1976, the Minister of Industry, to whom the appeal was brought in accordance with the Law, confirmed the decision of the Registry. One more avenue of review remained to Subpharm, namely, a special action for abuse of authority or for bias to be brought against the Minister of Industry before a special panel of the Supreme Court of Justia. Upon consultation with Pharmaca, Subpharm decided not to seek this remedy.

Pharmaca decided that it would not win in the Supreme Court, and also to wait for a while in the expectation that the Government of Justia would modify its interpretation of the Law if not the Law itself. In the meantime, Pharmaca was certain that neither it nor Subpharm would need the assistance of the Justia courts to carry out the Agreement. Furthermore, Pharmaca was very much concerned with the application by the government of Justia of the new Law on Industrial Property and the amendment to the Foreign Investment Law. Pharmaca had a world-wide policy of at least 80% ownership by it of its subsidiaries, and the president of the company had, in a press conference in July, 1976, stated that he did not think that the company could or would change its policy.

In September 1976, the Directors of Subpharm were informed by the Nationalization Board that the company was to be nationalized because it had failed to comply with the Law of Foreign Investment which required 61% ownership by Justian nationals. Subpharm was told that the decision was accelerated because of the statement by Pharmaca's President that his company would not comply within the time limit. Appeals made by Subpharm in the course of the following three months, to the Minister of Industry and to the Premier of Justia were rejected. Subpharm was, in fact, taken over by the Government of Justia, which continued to operate it. In July 1977, the special panel of experts on compensation awarded the former shareholders of Subpharm compensation of 3 million U.S. dollars, less excess profits of 2 million U.S. dollars. Compensation payments, with 2% interest, were to be made over a 5 year period. Pharmaca made a special appearance to argue that Subpharm was worth more than 6 million dollars, and that its profits were appropriate rewards for invention and compensation for a large research program by the parent firm. These arguments were rejected and it was informed that there was no appeal from the decision of the special panel.

* The appeal of the decision of the Registry was taken within 80 days of that decision. (Renseignement supplémentaire fourni aux participants par l'auteur du problème).

Despite the change in management and the continuing controversy, Subpharm continued to produce "Calmian"; Justian personnel was used to manufacture the drugs, since Patrians working for the company had left after their work permits had been revoked.

In August 1977, Subpharm had adopted a new name for the pain-killing drug. In conformity with the Law, a new Justian trademark was added. The product was now marketed as "Calmian-Balmian". The company planned to phase out the use of the name "Calmian" over a period of two years.

By October 1977, Subpharm was exporting "Calmian-Balmian" to several neighboring countries in which the patents and trademarks for "Calmian" were held by local subsidiaries of Pharmaca. Subpharm's prices were substantially lower than the price of "Calmian" in these markets.

In October 1977, Pharmaca invoked the arbitration clause in the Agreement and commenced arbitration proceedings in Patria against the other party to the Agreement, Subpharm. Pharmaca charged that Subpharm had breached the Agreement by non-payment of royalties for patent rights leased, for secret know-how and for the trademarks, and that Subpharm had breached other important obligations in the Agreement. Among obligations breached were the ban on exports and on public disclosure of certain trade secrets in the Agreements. Subpharm, in a registered letter to the administrator for arbitrations of the Patria Chamber of Commerce, refused to participate in the arbitration. It pointed out that the Transfer of Technology Law stated that parties to agreements could not oust the jurisdiction of Justia Courts or the applicability of Justia law. It argued also that since the Agreement was void because not registrable under the Transfer of Technology Law, the arbitration clause in the agreement was also void.

The arbitration tribunal, composed of one Patrian national and two non-Patrians, found that it had jurisdiction and, proceeding under Patrian law, found that Pharmaca was entitled to damages or injunctive relief on all issues. The award was given in January 1978. Pharmaca immediately took the award to the courts in Justia for enforcement under the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, of which both Justia and Patria are parties. The Justian court refused, in a decision of 10 April 1978, to recognize the award on the ground that the Transfer of Technology Law had been violated by the Agreement and that, therefore, the arbitration clause was invalid and could not be the

basis of valid award. The Supreme Court, in a four line judgment entered on 30 April 1978, upheld the lower court.

The Patria government had been kept informed of developments in Justia by Pharmaca since the entry into force of the 1975 laws. Several notes were sent by the government of Patria to that of Justia over a period of nearly three years. Patria reminded Justia in some of these notes of the treaty of Friendship and Commerce which had been in force for 50 years and under which national treatment was granted to persons and enterprises of one of the countries wishing to establish in the other. The provisions of this bilateral treaty were, in fact, identical to those of the treaty on the same subject now in force between France and the United States, called the Convention of Establishment.

In August 1978, after fruitless discussion at the diplomatic level, the Premier of Justia proposed to have all issues between the countries cognizable under international law be submitted to the International Court of Justice. He stated in a public declaration that it was high time that the International Court of Justice be given the opportunity of applying the "New International Law".

The Government of Patria also agreed to submit the issues to the jurisdiction of the International Court of Justice. Accordingly, in September 1978, Patria submitted its application to the International Court of Justice to resolve the following issues:

Whether Justia violated any obligation it might have had under international law to extend national treatment to foreign licensors or investors?

Whether there was a violation of international law in Justian legal procedures and practices relating to the invalidation of the agreement between Pharmaca and Subpharm or to the nationalization of Subpharm?

Whether the compensation for the expropriation of assets belonging to Pharmaca or Subpharm was consistent with international law?

Whether the provisions of Justian law that require transfer of technology disputes to be settled in Justian Courts, and according to Justian law, are consistent with international law?

ANNEX
A LAW TO REGULATE THE TRANSFER OF
TECHNOLOGY — 14 July, 1975

JUSTIA

Article 1: A Register of Transfer of Technology shall be established and shall be kept under the authority of the Ministry of Industry.

Article 2: All documents embodying instruments, contracts and agreements of any kind on the transfer of technology shall be entered in the Register. Such transfer of technology transactions are transactions, arrangements or agreements between parties, irrespective of their legal form, which have as their purpose or as one of their purposes the licensing or assignment of industrial property rights, the sale or any other type of transfer of technical knowledge, and the supply of technical services. These include, *inter alia*, the following:

- (i) Assignment, sale and licensing transactions, arrangements or agreements covering all forms of industrial property including patents, inventors' certificates, utility models, industrial designs, trade marks, service names, and trade names.
- (ii) Arrangements covering the provision of know-how and technical expertise in the form of feasibility studies, plans, diagrams, models, instructions, guides, formulae, supply of services, specifications and/or involving technical advisory and managerial personnel, and personnel training as well as equipment for training.
- (iii) Transactions, arrangements or agreements covering the provision of basic or detailed engineering designs, the installation, operation and functioning of plant and equipment, and turn-key agreements.
- (iv) Purchases, leases and other forms of acquisition of machinery, equipment, intermediate goods and/or raw materials in so far as they are an integral part of transactions, arrangements or agreements involving technology transfers.
- (v) The technological contents of industrial and technical cooperation arrangements of any kind including turn-key agreements, international subcontracting as well as provision of management and marketing services.

Article 3: The following persons shall be obligated to apply for the registration of instruments, agreements or contracts as required by the foregoing article if they are parties to or beneficiaries under the said instruments, agreements or contracts:

- I. Individuals or corporations of Justian nationality;
- II. Aliens residing in Justia and corporations of other than Justian nationality established therein;
- III. Agencies or branches, established in Justia, of foreign undertakings.

Suppliers of technology who are resident abroad may apply for the registration in the Register of Transfer of Technology of instruments, agreements or contracts to which they are parties.

Article 4: Documents embodying instruments, agreements or contracts as referred to in article 2 shall be produced to the Ministry of Industry, for registration in the Register of Transfer of Technology, within sixty days on which they are concluded.

Article 5: Instruments, agreements or contracts as referred to in article 2, and amendments thereto, which have not been registered in the Register of Transfer of Technology shall have no legal effect and accordingly shall not be submitted to any authority, and no action to enforce them may be entertained by a national court of tribunal.

Article 6: A. An instrument, agreement or contract referred to in article 2 shall not be registered in cases where:

1. the technology to be transferred is already available in the country;
2. the price or consideration does not bear a fair relationship to the value of the technology acquired or constitutes an unjustified burden on the national economy.

B. Registration shall also be refused if the instrument, agreement or contract clauses which have the following purposes:

1. Requiring the acquiring party to transfer or grant back to the supplying party, or to any other enterprise designated by the supplying party, improvements arising from the acquired technology, on an exclusive basis, without offsetting consideration or reciprocal obligations from the supplying party, or when the practice will constitute an abuse of a dominant market position of the supplying party.
2. Requiring the acquiring party to refrain from challenging the validity of patents and other types of protection for inventions

involved in the transfer or the validity of other such grants claimed or obtained by the supplying party, recognizing that any issues concerning the mutual rights and obligations of the parties following such a challenge will be determined by the appropriate applicable law including the terms of the agreement to the extent consistent with that law.

3. Restricting the freedom of the acquiring party to enter into sales representation or manufacturing agreements relating to similar or competing technologies or products or to obtain competing or complimentary technology in the manufacture or sale of any product.

4. Restricting research and development of the acquiring party.

5. Requiring the acquiring party to use personnel designated by the supplying party, except to the extent necessary to ensure the efficient transmission phase for the transfer of technology and putting it to use or thereafter continuing such requirement beyond the time when adequately trained local personnel are available or have been trained; or prejudicing the use of personnel of the technology acquiring country.

6. Restrictions regulating prices to be charged by acquiring parties in the domestic market or in other countries for products manufactured or services produced using the technology supplied.

7. Restrictions which prevent the acquiring party from adapting the imported technology to local conditions or introducing innovations in it, or which oblige the acquiring party to introduce unwanted or unnecessary design or specification changes, if the acquiring party makes adaptations on his own responsibility and without using the technology supplying party's name, trade or service marks or trade names, and except to the extent that this adaption unsuitably affects those products, or the process for their manufacture, to be supplied to the supplying party, his designates, or his other licensees, or to be used as a component or spare part in a product to be supplied to his customers.

8. Requiring the acquiring party to grant exclusive sales or representation rights to the supplying party or any person designated by the supplying party except as to sub-contracting or manufacturing arrangements wherein the parties have agreed that all or part of the production under the technology transfer arrangement will be distributed by the supplying party or any person designated by him.

9. Requiring acceptance of additional technology, future inventions and improvements, goods or services not wanted by the acquiring

party or designating or restricting sources of technology, goods or services as a condition for obtaining the technology required.

10. Restrictions which prevent or hinder export by means of territorial or quantitative limitations or prior approval for export or export prices of products or increased rates of payment for exportable products resulting from the technology supplied.

11. Cartel, patent pool or cross-licensing agreement and other collusive arrangements among technology suppliers, including those between and among parent companies, their subsidiaries, and their affiliates, which impose restrictions, *inter alia* on territories, quantities, prices, customers or markets or limit access to new technological developments, or attempts to dominate an industry, market, or technological process, and that have adverse effects on the transfer of technology.

12. Restrictions regulating the advertising or publicity by the acquiring party.

13. Requiring payments or imposing other obligations for continuing the use of industrial property rights which have been invalidated, cancelled or have expired, recognizing that any other issue, including other payment obligations for technology, shall be dealt with by the appropriate applicable law, including the terms of the agreement to the extent consistent with that law.

14. Restrictions on the use of the technology after the expiration of termination of the arrangement or after the know-how has lost its secret character independently of the acquiring party.

15. Restrictions on the scope, volume and/or capacity of production and/or field of activity.

16. Use by the supplying party of quality control methods or standards not needed or not wanted by the acquiring party, except when the product bears a trade mark, service name or trade name of the supplying party.

17. Requirement to use a particular trade mark, service name or trade name when using the technology supplied.

18. Obliging the acquiring party to provide equity capital or to allow the supplying party to participate in the management of the acquiring party as a condition to obtaining the technology.

19. Unlimited or unduly long duration of transfer of technology arrangements.

20. Limitations upon the diffusion and/or further use of technology already imported.

21. Requiring that disputes be settled in the courts of a foreign country.

22. Requiring that a law other than that of Justia govern the instrument, agreement or contract.

Article 7: The Ministry of Industry shall decide within 90 days of receipt of the relevant documents whether an instrument, agreement or contract referred to in article 2 shall or shall not be registered in the Register of Transfer of Technology. If no decision has been taken before the expiry of that period, the instrument, agreement or contract in question shall be registered in the Register of Transfer of Technology.

Article 8: The Ministry of Industry may cancel the registration of an instrument, agreement or contract in the Register of Transfer of Technology, the terms of which are changed or altered contrary to the provision of this Act.

Article 9: The Ministry of Industry may at any time ascertain that the provisions of this Act are being observed.

Article 10: Officials concerned in the various operations relating to the Register of Transfer of Technology shall maintain absolute secrecy with regard to technological information about processes or products the subject of instruments, agreements or contracts to be registered. This rule shall not apply to information which is bound by another law or regulation to be published.

Article 11: Any person who considers his interests to be affected by a decision of the Ministry of Industry under this Act may, within eighty days from the date on which the notice takes effect, request a review of that decision and shall submit such evidence as he deems relevant.

The application for review shall be submitted in writing to the Ministry.

The application for review shall cite evidence and be accompanied by such evidence as the applicant has in his possession. Statements and admissions shall be admitted as evidence. The Ministry may procure such evidence as it may deem necessary to assist it in reaching a decision.

The case shall be decided within 45 days of submission of the evidence.

If no decision has been taken within this period, the application shall stand accepted.

Article 12: This Act shall take effect 30 days after its publication in the Official National Journal.

Article 13: Instruments, agreements or contracts to which article 2 applies concluded before the date of entry into force of this Act shall be brought in conformity with its provisions and registered in the Registry of Transfer of Technology within one year after that date. The documents containing the said instruments, agreements or contracts shall be submitted to the Ministry of Industry and Trade for its information without consideration of their content, within 90 days after the entry of this Act into force.

Article 14: When the period referred to in Article 13, with any extensions, has expired, an instrument, agreement or contract which has not been duly registered in the Register of Transfer of Technology shall cease to have legal effect.

Note: Avec le problème, les participants ont reçu une bibliographie sélective ainsi que les documents suivants qui ne sont pas reproduits:

Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883 as revised... at Stockholm on July 14, 1967 (21 U.S.T. 1583).

Convention d'établissement entre les États-Unis et la France. Signée à Paris, le 25 novembre 1959 (11 U.S.T. 2398; 401 R.T.N.U. 75).

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Faite à New York, le 10 juin 1958 (21 U.S.T. 2517; 330 R.T.N.U. 3).

Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order (Resolutions Nos 3201 and 3202 of the 6th Special Session of the United Nations General Assembly, 1974; Official Records, Supp. No 1, doc. A/9559).

Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974 (Resolution No 3281 — XXIX of the General Assembly of the United Nations; Official Records, Suppl. No 31, doc A/9631).

**IN THE INTERNATIONAL COURT OF
JUSTICE**

March 1979

Between:

**PATRIA
Applicant**

and

**THE REPUBLIC OF JUSTIA
Respondent**

MEMORIAL FOR THE APPLICANT

Team #4
Geoffrey Creighton
Christine Mauro
(Faculty of Law, University of Toronto)

TABLE OF CONTENTS

INDEX OF AUTHORITIES	315
JURISDICTION	319
STATEMENT OF FACTS	319
QUESTIONS PRESENTED	319
SUMMARY OF ARGUMENT	320
ARGUMENT AND AUTHORITIES	321
I. JUSTIA VIOLATED ITS TREATY OBLIGATIONS TO EX- TEND NATIONAL TREATMENT TO FOREIGN LICENSORS AND INVESTORS	321
A. The Treaty of Friendship and Commerce and the Paris Convention are binding on Justia	321
1. Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.	321
2. Justia's attempted partial denunciation affects nei- ther treaty's binding force, in whole or in part.	321
a. Notification of denunciation should conform to any conditions laid down in the treaty itself.	321
b. Partial denunciation is no denunciation at all.	322
c. In the alternative, State responsibility arose within the one year notice period, while the obligations were still in force.	322
3. Justia cannot plead a "fundamental change of cir- cumstances"	322
a. The 'clausula rebus sic stantibus' is a narrow and nebulous concept.	322
b. This objective rule of law, based on the equity of the matter, can never be relevant to treaties ter- minable upon notice.	322
c. In any case, Justia failed to invoke the 'clausula' at the time of the attempted terminations.	322
d. Justia is also barred from pleading the 'clausula' because it acquiesced in any purported changes.	323

- 4. **Justia can terminate neither treaty on grounds of 'jus cogens'..... 323**
 - a. **Rules of 'jus cogens', if they even exist are rare... 323**
 - b. **There is nothing to show the existence of any 'jus cogens' touching these treaties. 323**
 - c. **Moreover, the Court should be loathe to create new rules of 'jus cogens'. 323**
- 5. **Justia cannot escape its obligations by pleading the treaties were unequal..... 323**
- 6. **Justia is not assisted by the principle of "material breach". 324**
 - a. **Patria breached neither Article XI of the Treaty of Friendship, nor Article 10² of the Paris Convention 324**
 - b. **Alternatively, Justia is estopped by the state of its own laws at the relevant time. 324**
 - c. **Justia acquiesced in any breach by Patria. 324**
 - d. **Justia cannot partially denounce against all members of the Union of the Paris Convention. 324**
- 7. **The court should consider the instability in international dealings that a holding for Justia on this issue would create. 325**
- B. **Justia incurred international responsibility by materially breaching both treaties..... 325**
 - 1. **Justia is responsible for direct harm to the Patrian State by the passage of various legislation. 325**
 - a. **The passage of legislation, apart from its application, can breach an "obligation of conduct". 325**
 - b. **The passage of the Justian Law on Industrial Property in October 1975 denied Patrians national treatment. 326**
 - c. **The passage of the Justian Law on Foreign Investment in January 1976 denied Patrians national treatment. 326**
 - d. **The passage of the Justian Law on the Transfer of Technology in July 1975 effectively discriminated against Patrians. 326**

2. Justia is responsible for harm to Patrian nationals by the application of these same legislative acts.	326
a. Pharmaca, a Patrian national, was denied national treatment by the reduction of its patent for "Calmian" in October 1975.	326
b. In the alternative, Pharmaca suffered harm when the patent prematurely expired in 1976.	327
c. Pharmaca's trademark, "Calmian" ceased to be protected "as is" in October 1975.	327
d. In the alternative, Pharmaca incurred damage by trademark infringement after August 1977.	327
e. The nationalization of Subpharm deprived Pharmaca of its majority interest in the Justian company.	327
f. Pharmaca was stripped of a vested right by the invalidation of its Agreement.	327
II. JUSTIA VIOLATED INTERNATIONAL LAW BY THE PROCEDURES AND PRACTICES RELATING TO THE INVALIDATION OF THE AGREEMENT BETWEEN PHARMACA AND SUBPHARM.	327
A. Justia wrongfully expropriated Pharmaca's vested contractual rights without compensation.	327
1. Vested property rights are protected by international law.	327
2. A contract is a vested right capable of expropriation.	328
3. Pharmaca's contractual rights were expropriated by Justia's refusal to give them legal force after July 1976.	328
4. Expropriation without compensation imposes international responsibility.	328
B. Justia's invalidation of the Agreement was a clear and discriminatory departure from the proper law of the contract.	328
C. The Agreement was invalidated by a wrongful <i>ultra vires</i> act of the Minister of Industry.	328
1. The Minister's failure to decide Subpharm's appeal within 45 days renders his decision <i>ultra vires</i>	328

- 2. This violation of municipal law also breaches Justia's international obligations..... 328
- D. Justia is not assisted by the local remedies rule..... 328
 - 1. Justia has waived any application of the rule. 328
 - 2. The rule is not applicable to nationalizations or discrimination against foreigners. 329
 - 3. Even if applicable, the rule is not absolute. 329
 - 4. A special action against the Minister of Industry would have been an insufficient remedy..... 329
- E. Indeed, the lack of adequate local remedies is a denial of procedural justice..... 329
 - 1. There is an international standard of justice. 329
 - 2. Justia denied a fair hearing to Subpharm. 330
 - a. The principle *audi alteram partem* is recognized in all civilized States. 330
 - b. Subpharm was denied the chance to "know and respond" or "confront" adverse evidence. 330
 - c. The Ministry of Industry was a judge in its own cause. 330
 - 3. Patria is entitled to assert a claim based upon this denial of justice..... 330
- III. JUSTIA VIOLATED INTERNATIONAL LAW BY THE PROCEDURES AND PRACTICES RELATING TO THE NATIONALIZATION OF SUBPHARM. 330
 - A. The three-step decision to nationalize Subpharm was a wrongful *ultra vires* act. 330
 - 1. An expropriation must conform to its controlling municipal legislation. 330
 - 2. The decision violated municipal law. 330
 - 3. Pharmaca is not estopped by the statements of its President in July 1976..... 331
 - B. This wrongful act of the State produces State responsibility. 331

IV. THE COMPENSATION FOR THE NATIONALIZATION OF SUBPHARM WAS INCONSISTENT WITH INTERNATIONAL LAW.	331
A. Since the nationalization of Subpharm was unlawful at international law, Justia is required to give Pharmaca full compensation, including loss of future profits.	331
1. Justia's nationalization of Subpharm was a violation of international law.	331
a. The law under which Subpharm was nationalized was in contravention of a binding treaty.	331
b. The law under which Subpharm was nationalized was discriminatory.	332
2. Therefore Justia is obliged to compensate Pharmaca by providing full reparation, including loss of future profits.	332
B. Even if the nationalization of Subpharm was not unlawful 'per se', the compensation provided by Justia was inconsistent with international law since it did not comply with the standard of compensation required by Article IV(3) of the Treaty of Friendship.	332
C. In the alternative, if Justia was not bound by the Treaty of Friendship, the compensation provided by Justia was inconsistent with the general principles of international law.	333
1. There is a minimum standard of compensation required at international law.	333
2. This standard requires that the property taken be valued as a going concern.	333
a. The existence of such a standard is supported by state practice.	334
b. The existence of such a standard is supported by judicial and arbitral decisions and by eminent publicists.	334
c. The existence of such a standard is required by the "general principles of law recognized by civilized nations".	334
i. It is required by the principle of acquired rights.	
ii. It is required by the principle of unjust enrichment.	334

3. The compensation provided by Justia was inconsistent with this minimum standard.....	335
4. Justia cannot argue that a new norm of customary international law has developed.	335
a. State practice has not established a norm of partial compensation.	335
b. U.N. Resolutions have not established such a norm.	335
5. In any event, the deduction by Justia of excess profits from the compensation award was inconsistent with international law.	335
a. Deduction of excess profits offends the principle of acquired rights.	336
b. Deduction of excess profits offends the principle of unjust enrichment.	336
D. Justia may not justify the measure of compensation awarded by arguing that the nationalization of Subpharm was a penalty for the violation of the Foreign Investment Act.	336
1. The Foreign Investment Act was in violation of international law; therefore no punishment arising from its breach should be recognized at international law.	336
2. In the alternative, confiscation is too extreme a penalty for the offence committed.....	336
3. In any event, Justia should not be able to argue that the taking of Subpharm was a criminal penalty, when it has itself, called the taking a nationalization and recognized that compensation must be paid.	337
V. THE PROVISIONS OF JUSTIAN LAW THAT REQUIRE TRANSFER OF TECHNOLOGY DISPUTES TO BE SETTLED IN JUSTIAN COURTS, ACCORDING TO JUSTIAN LAW, ARE INCONSISTENT WITH INTERNATIONAL LAW.	337
A. Justia's Law on the Transfer of Technology requires recourse only to Justian courts.	337
B. This requirement is inconsistent with Justia's treaty obligations to recognize arbitration agreements.....	337

1. It is in violation of Articles III(2) of the Treaty of Friendship.....	337
2. It is in violation of Article II of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.....	338
3. Justia may not argue that it need not recognize any agreements to arbitrate which concern subject matters incapable of arbitration under its own law.....	338
C. This requirement is also inconsistent with Justia's treaty obligations to recognize and enforce foreign arbitral awards.....	338
1. Justia is obliged to recognize and enforce foreign arbitral awards.....	338
2. The effect of the law is to always refuse recognition of foreign arbitral awards.	339
3. Justia cannot say that all transfer of technology agreements are non-arbitrable subject matters.	339
4. Justia cannot plead that enforcement of transfer of technology arbitrations offends public policy.....	340
a. "Public policy" must be narrowly defined.....	340
b. Mere conflict with municipal legislation does not offend the public policy proviso.....	340
CONCLUSION	341

INDEX OF AUTHORITIES***TREATIES**

Convention of Establishment, Dec. 21, 1960, United States-France,
11 U.S.T. 2398

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517

Paris Convention for the Protection of Industrial Property, July 14, 1967, 21 U.S.T. 1629

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 63 AM. J. INT'L L. 875 (1969)

CASES

Advisory Opinion No. 6 (German Settlers), (1923) P.C.I.J., ser. B, No. 6

Ambatielos Case, (1953) I.C.J. 10

The Ambatielos Claim, 12 R. INT'L ARB. AWARDS 83 (1955)

Barcelona Traction Case, Preliminary Objections, (1964) I.C.J. 3

Barcelona Traction Case (Second Phase), (1970) I.C.J. 3

The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972)

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), (1926) P.C.I.J., ser. A, No. 7

Oscar Chinn Case, (1934) P.C.I.J., ser. A/B, No. 63

Chorzów Factory Case, (1928) P.C.I.J., ser. A, No. 17

De Sabla Claim, 7 ANNUAL DIGEST & R. OF PUB. INT'L L. CASES 241 (1933)

Fisheries Jurisdiction Case, (1973) I.C.J. 3

Free Zones Case, (1932) P.C.I.J., ser. A/B, No. 46

Lena Goldfields v. U.S.S.R., *The Arbitration Between Lena Goldfields and the Soviet Government*, 36 CORN. L. REV. 31 (1950-51)

International Status of South-West Africa, (1950) I.C.J. 128

Interpretation of Peace Treaties (Second Phase), Advisory Opinion, (1950) I.C.J. 221

* Le règlement du procès simulé (*Official Rules for the International Division...*) exige que la rédaction des notes de référence suive "A Uniform System of Citation", 12th edition, 1976; The Harvard Law Review Association, Cambridge, Mass. 02138.

- Jurisdiction of the I.A.C.O. Council, Judgment, (1972) I.C.J. 46
- Mariposa Claim (U.S.-Panama), 7 ANNUAL DIGEST & R. OF PUB. INT'L L. CASES (1933)
- The Mavrommatis Jerusalem Concessions, (1925) P.C.I.J., ser. A, No. 5
- Neer Claim (U.S.A.-Mexico), 4 R. INT'L ARB. AWARDS 60 (1926)
- North Sea Continental Shelf Cases, (1969) I.C.J. 44
- Norwegian Shipowners' Claims, 1 R. INT'L ARB. AWARDS 307 (1921)
- Nottebohm Case (Second Phase), (1955) I.C.J. 4
- Nuclear Tests Case, (1974) I.C.J. 253
- The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, (1939) P.C.I.J., ser. A/B, No. 76
- Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA), 508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974)
- Phosphates in Morocco, (1938) P.C.I.J., ser. A/B, No. 74
- Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974)
- Temple of Préah Vihéar, (1961) I.C.J. 3
- Temple of Préah Vihéar (Merits), (1962) I.C.J. 6
- Treatment of Polish Nationals Case, (1932) P.C.I.J., ser. A/B, No. 44
- Treaty of Lausanne (Advisory Opinion), (1925) P.C.I.J., ser. B, No. 12
- Wells Fargo (U.S. v. Mexico), 8 M. WHITEMAN, DIGEST OF INTERNATIONAL LAW 1138 (1967)

TREATISES

- J. BRIERLY, THE LAW OF NATIONS (6th ed. H. Waldock 1963)
- I. BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (1966)
- J. CASTANEDA, LEGAL EFFECTS OF UNITED NATIONS RESOLUTIONS (1969)
- F. DAWSON & I. HEAD, INTERNATIONAL LAW, NATIONAL TRIBUNALS AND THE RIGHTS OF ALIENS (1971)

- A. FREEMAN, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1938)
- S. FRIEDMAN, EXPROPRIATION IN INTERNATIONAL LAW (1953)
- L. GREEN, LAW AND SOCIETY (1975)
- 2 P. GUGGENHEIM, TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (1954)
- 1 S. LADAS, PATENTS TRADEMARKS AND RELATED RIGHTS (1975)
- LORD McNAIR, THE LAW OF TREATIES (1961)
- 2 D. O'CONNELL, INTERNATIONAL LAW (1965)
- 1 L. OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE (8th ed. H. Lauterpacht 1955)
- 1 C. ROUSSEAU, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (1970)
- 1 G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW (3rd ed. 1957)
- G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW AND ORDER (1971)
- I. SINCLAIR, THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES (1973)
- B. SINHA, UNILATERAL DENUNCIATION OF TREATY BECAUSE OF PRIOR VIOLATIONS OF OBLIGATIONS BY OTHER PARTY (1966)
- B. WORTLEY, EXPROPRIATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW (1959)

JOURNALS

- Brierly, 58 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL 171 (1936)
- Domke, *Foreign Nationalization*, 55 AM. J. INT'L L. 585 (1961)
- Francioni, *Compensation for Nationalization of Foreign Property: The Borderland Between Law and Equity*, 24 INT'L COMP. L.Q. 255 (1975)
- Lester, *Bizerta and the Unequal Treaty Theory*, 11 INT'L & COMP. L.J. 847 (1962)
- McNair, *The Seizure of Property and Enterprises in Indonesia*, 6 NETHERLANDS INT'L L. REV. 218 (1956)

Smedresman, *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration: A Survey of Recent Developments*, 7 CALIF. WEST. INT'L L.J. 263 (1977)

Soberanis, *Legal Aspects Concerning the Technology Transfer Process in Mexico*, 7 GEORGIA J. OF INT'L & COMP. L. 17 (1977)

Stephen, *Natural Justice at the United Nations: The Rhodesian Case*, 67 AM. J. INT'L L. 479 (1973)

MISCELLANEOUS

Amador, *Fourth Report on International Responsibility*, (1959) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 1, 18

Amador, *Special Rapporteur on State Responsibility*, (1961) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 2

Amerasinghe, *The Quantum of Compensation for Nationalized Property*, in 3 THE VALUATION OF NATIONALIZED PROPERTY IN INTERNATIONAL LAW 111 (R. Lillich ed. 1975)

Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281, 29 U.N. GAOR, SUPP. (No. 31) 50, U.N. Doc. A/9631 (1974)

Draft Articles on State Responsibility, (1977) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 9

Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, 55 AM. J. INT'L L. 548 (1961)

I.C.S.I.D., 1-4 INVESTMENT LAWS OF THE WORLD (1972)

Letter from J.B. Rhem to C.W. Nichols (Nov. 19, 1962), in 8 M. WHITEMAN, DIGEST OF INTERNATIONAL LAW 1143

Murphy, *Limitations upon the Power of a State to Determine the Amount of Compensation Payable to an Alien upon Nationalization*, in 3 THE VALUATION OF NATIONALIZED PROPERTY IN INTERNATIONAL LAW 61 (R. Lillich ed. 1975)

O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 2 INT'L LAW 331 (1967-68)

L. Cappelli Perciballi, *International Commercial Arbitration as Affected by the New York Convention of 1958* (Aug. 1975) (unpublished S.J.D. thesis)

Report of the I.L.C., (1963) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 187

Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources G.A. Res. 1803, GAOR, Supp. (No. 17) 15, U.N. Doc. A/5217 (1962)

**RESTATEMENT (SECOND) OF FOREIGN RELATIONS LAW
OF THE UNITED STATES (1962)**

Smith, *Real Property Valuation for Foreign- Wealth Deprivations*, in
1 THE VALUATION OF NATIONALIZED PROPERTY IN IN-
TERNATIONAL LAW 134 (R. Lillich ed. 1972)

Statute of the International Court of Justice, 15 Documents of the
U.N. Conference on International Organization 355 (1945)

JURISDICTION

The parties submit the present dispute to this Court by special agreement, pursuant to Article 40 of the Statute of the International Court of Justice, which provides:

1. Cases are brought before the Court, as the case may be, either by notification of the special agreement or by a written application addressed to the Registrar. In either case the subject of the dispute and the parties shall be indicated.

Moreover, Article 36 of the Statute of the International Court provides that the jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it.

It must therefore follow that the Court has jurisdiction to resolve the present dispute. In addition, by virtue of Articles 36 and 38 of the Statute, the Court may settle all the questions presented.

STATEMENT OF FACTS

The parties have agreed to the Statement of Facts which has been filed before the Court.

QUESTIONS PRESENTED

I

Whether Justia violated any obligation it might have had under international law to extend national treatment to foreign licensors or investors.

II

Whether there was a violation of international law in Justian legal procedures and practices relating to the invalidation of the agreement between Pharmaca and Subpharm or to the nationalization of Subpharm.

III

Whether the compensation for the expropriation of assets belonging to Pharmaca or Subpharm was consistent with international law.

IV

Whether the provisions of Justian law that require transfer of technology disputes to be settled in Justian Courts, and according to Justian law, are consistent with international law.

SUMMARY OF ARGUMENT

Justian breached several binding treaty obligations to extend national treatment to Patrians. These treaties had not been denounced, nor had they terminated by operation of law.

The Patrian State was directly harmed by the simple passage of Justia's "new economic laws". Patrian nationals, including Pharmaca, also suffered by their passage and application. Pharmaca was also stripped of vested rights and denied procedural practice by the unsatisfactory procedures leading to the invalidation of its contractual rights, and unlawful expropriation of its shareholding in a nationalized Justian company.

In this affair, Justia may plead the "local remedies rule" to no avail, and State responsibility for these wrongful acts is established.

The compensation provided to the owners of Subpharm was inconsistent with international law. Since the nationalization was illegal *per se*, Justia was obliged to provide full compensation, including loss of future profits. Moreover, the compensation provided was inconsistent with Justia's treaty obligations and with the minimum standard required by international law.

Justia's law which requires transfer of technology disputes to be settled in Justia courts according to Justian law is inconsistent with its treaty obligations to recognize arbitral agreements and awards.

ARGUMENTS AND AUTHORITIES

I. JUSTIA VIOLATED ITS TREATY OBLIGATIONS TO EXTEND NATIONAL TREATMENT TO FOREIGN LICENSORS AND INVESTORS

A. The Treaty of Friendship and Commerce¹ and the Paris Convention² are binding on Justia.

1. Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.³

Pacta sunt servanda, the fundamental principle of the law of treaties, is a bastion of stability in a world that is largely chaotic. The Court should give great weight to treaties in which States expressly recognize the rules to govern their affairs.⁴

2. Justia's attempted partial denunciation affects neither treaty's binding force, in whole or in part.

a. Notification of denunciation should conform to any conditions laid down in the treaty itself.⁵

Justia failed to give Patria written notice of its intent to terminate the Treaty of Friendship by art. XVIII. Hence, Patria rightly relied on this lack of notice as evidence that the Treaty was still in force. The International Law Commission has observed:⁶

It is clearly essential that (public statements), at whatever level they are made, should not be regarded as a substitute for the formal act which diplomatic propriety and legal regularity require.

Hence, such statements leave the Treaty intact.⁷

-
1. Convention of Establishment, Dec. 21, 1960, United States-France, 11 U.S.T. 2398 (hereinafter, "Treaty of Friendship").
 2. Paris Convention for the Protection of Industrial Property, July 14, 1967, 21 U.S.T. 1629 (hereinafter, "Paris Convention").
 3. Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 63 AM. J. INT'L L. 875 (1969) (hereinafter "Vienna") art. 26; I. SINCLAIR, THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 53 (1973).
 4. Statute of the International Court of Justice, 15 Documents of the U.N. Conference on International Organization 355 (1945) art. 38 (1) (a).
 5. Report of the I.L.C., (1963) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 187, 214; Vienna art. 42 (2).
 6. *Id.*
 7. Barcelona Traction Case (Second Phase), (1970) I.C.J. 3, 106 (sep. op. Fitzmaurice); LORD McNAIR, THE LAW OF TREATIES 512 (1961); 1 C. ROUSSEAU, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 213 (1970).

b. Partial denunciation is no denunciation at all.

Justia can partially denounce neither treaty. To hold otherwise would allow unlawful unilateral amendment of treaties.⁸

c. In the alternative, State responsibility arose within the one year notice period, while the obligations were still in force.⁹

3. Justia cannot plead a “fundamental change of circumstances”.

a. The ‘*clausula rebus sic stantibus*’ is a narrow and nebulous concept.

It has never been applied by this Court or its predecessors, and is defined narrowly by the Vienna Convention, art. 62, which is largely a codification of present customary law.¹⁰ Pleading changes must go to circumstances which are an essential basis of consent to be bound, and must radically transform the scope of the parties’ obligations. The gradual economic changes in Justia do not meet this test.

b. This objective rule of law, based on the equity of the matter, can never be relevant to treaties terminable upon notice.¹¹

Justia could have properly terminated the treaties on short notice, so it should not be thought that denial of this defence hampers the respondent’s self determination.¹² As an exception to *pacta sunt servanda* the principle must be applied sparingly.¹³

c. In any case, Justia failed to invoke the ‘*clausula*’ at the time of the attempted terminations.

Patria did not receive the required written notice of Justia’s reliance on the *clausula*.¹⁴ The Court ought not to transform an

8. LORD McNAIR, *supra* note 7, at 476.

9. See arguments *infra*, section I.B. 2 at p. 8; Treaty of Friendship art. XVIII; Paris Convention art. 26.

10. Fisheries Jurisdiction Case, (1973) I.C.J. 3, 18; I. SINCLAIR, *supra* note 3, at 106.

11. Report of the I.L.C., *supra* note 5, at 210; 1 L. OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE 939 (8th ed. H. Lauterpacht 1955).

12. L. GREEN, LAW AND SOCIETY 194 (1975).

13. B. SINHA, UNILATERAL DENUNCIATION OF TREATY BECAUSE OF PRIOR VIOLATIONS OF OBLIGATIONS BY OTHER PARTY 379 (1966).

14. Vienna art. 65 (1), 67 (1); I. BROWNIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 499 (1966).

imperfect partial denunciation into a perfect termination for "changed circumstances".

d. Justia is also barred from pleading the 'clausula' because it acquiesced in any purported changes.

The doctrine of acquiescence finds support in court holdings,¹⁵ and in the Vienna Convention, art. 45.

4. Justia can terminate neither treaty on grounds of 'jus cogens'.

a. Rules of 'jus cogens', if they even exist, are rare.

The Vienna Convention, art. 53 and 64, are a progressive development rather than a codification of customary law.¹⁶ The plea, if it does exist, is a departure from *pacta sunt servanda* and must be narrowly construed.¹⁷

b. There is nothing to show the existence of any 'jus cogens' touching these treaties.

No reliance may be placed upon the Charter of Economic Rights and Duties of States.¹⁸ Such United Nations resolutions setting political objectives may have political importance, but are legally irrelevant.¹⁹

c. Moreover, the Court should be loathe to create new rules of 'jus cogens'.

This is especially so when Justia had simply to denounce properly to be released from obligations within a year.

5. Justia cannot escape its obligations by pleading the treaties were unequal.

Undue influence alone does not taint international agreements.²⁰ Even so, the Treaty of Friendship is identical to one

15. Temple of Préah Vihear, (1961) I.C.J. 3; Nuclear Tests Case, (1974) I.C.J. 253, 357 (jt. diss. op.).

16. G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW AND ORDER 55 (1971).

17. Report of the I.L.C., *supra* note 5, at 199.

18. G.A. Res. 3281, 29 U.N. GAOR, SUPP. (No. 31) 50, U.N. Doc. A/9631 (1974) (Six countries, including the United States and West Germany, dissented. Ten countries, including Japan, Italy and Canada, abstained.)

19. J. CASTANEDA, LEGAL EFFECTS OF UNITED NATIONS RESOLUTIONS 175-6 (1969).

20. Lester, *Bizerta and the Unequal Treaty Theory*, 11 INT'L & COMP. L.J. 847, 851 (1962).

concluded between two equal powers, the United States and France. The Paris Convention has 71 signatories, including many less-developed States.

6. Justia is not assisted by the principle of “material breach”.

a. Patria breached neither Article XI of the Treaty of Friendship, nor Article 10² of the Paris Convention.

These provisions on unfair competition, couched in ambiguous terms, must be interpreted to impose the minimum of obligations on the Parties.²¹ The acts of Justia regarding these articles have probative value.²² Until recently, contracts such as Pharmaca’s were legal in both countries. States have often promoted business concentrations as a positive good.²³

b. Alternatively, Justia is estopped by the state of its own laws at the relevant time.

This Court has said:

The party which by its recognition, its representation, its declaration, its conduct or its silence has maintained an attitude manifestly contrary to the right it is claiming before an international tribunal is precluded from claiming that right.²⁴

Justia is estopped from claiming the right to suspend for material breach, when its own laws would have been just as much a breach as Patria’s.

c. Justia acquiesced in any breach by Patria.²⁵

d. Justia cannot partially denounce against all members of the Union of the Paris Convention.

The Vienna Convention, art. 60,²⁶ provides that a party specially affected by a breach of a multilateral treaty must invoke the breach, to suspend treaty relations with the defaulting State.

21. Treaty of Lausanne (Advisory Opinion), (1925) P.C.I.J., ser. B, No. 12, at 25.

22. International Status of South-West Africa, (1950) I.C.J. 128, 135-6.

23. 1 S. LADAS, PATENTS TRADEMARKS AND RELATED RIGHTS 782 (1975).

24. Temple of Préah Vihéar (Merits), (1962) I.C.J. 6, 40 (sep. opp. Alfaro V.P.).

25. See argument *supra* I.A.3.d. at p. 3.

26. Art. 60 is a codification of customary law: Jurisdiction of the IACO Council, Judgment, (1972) I.C.J. 46, 67.

Justia invoked no breach. It tried to terminate the treaty with all parties, not just Patria.

7. The court should consider the instability in international dealings that a holding for Justia on this issue would create.

Justia's desire to control its economy may be laudable. Yet that State is still a member of the international community, with obligations as such. This Court has held:

It is not justifiable to create an *ad hoc* rule in disregard of existing and generally accepted ones to fit a particular case which could and should be decided by the application of the rules of general international law governing the matter.²⁷

B. Justia incurred international responsibility by materially breaching both treaties.

1. Justia is responsible for direct harm to the Patrian State by the passage of various legislation.

a. The passage of legislation, apart from its application, can breach an "obligation of conduct".²⁸

This proposition is supported by State practice,²⁹ publicists³⁰ and courts.³¹ Justia's obligation of conduct was to maintain national treatment, such that the *results* sought, as evidenced by the objects of the treaties, could be achieved.

27. Barcelona Traction Case, *supra* note 7, at 262 (sep. op. Padilla Nervo); In the Interpretation of Peace Treaties (Second Phase), Advisory Opinion, (1950) I.C.J. 221, 229 the Court noted "It is the duty of the Court to interpret the treaties, not to revise them"; see also Amador, Special Rapporteur on State Responsibility, (1961) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 2, 46 saying "any notion or opinion which postulates extreme positions — whatever may be the underlying purpose or motive — is incompatible and irreconcilable with the idea of securing the recognition and adequate legal protection of all legitimate interests".

28. See the discussion of such obligations in Draft Articles on State Responsibility, (1977) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 9, 11 (hereinafter "Draft Articles").

29. The Panama Canal Tolls controversy, 1913, between the U.S.A. and Britain, described in LORD McNAIR, *supra* note 7, at 548-9.

30. 2 P. GUGGENHEIM, TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 7-8 (1954).

31. The Mavrommatis Jerusalem Concessions, (1925) P.C.I.J., ser. A, No. 5 at 39-49 (implied in *dicta*); Mariposa Claim (U.S.-Panama), 7 ANNUAL DIGEST & R. OF PUB. INT'L L. CASES 255, 257 (1933).

b. The passage of the Justian Law on Industrial Property in October 1975 denied Patrians national treatment.

The truncation of foreign patents offends obligations under both the Paris Convention, Article 2, and the Treaty of Friendship, Article VIII (1). The removal of equal protection of trademarks "as is" violates the Paris Convention, Article 5⁵.

c. The passage of the Justian Law on Foreign Investment in January 1976 denied Patrians national treatment.

The 61% Justian share ownership requirement denied Patrians their treaty right to acquire majority interests in Justian companies. This violates Article V (1) (b) of the Treaty of Friendship.

d. The passage of the Justian Law on the Transfer of Technology in July 1975 effectively discriminated against Patrians.

A measure which in terms is of general application can violate treaty obligations if it denies equality in fact.³² The Law purports to deprive all persons equally, but only foreigners are caught in its web. The purpose of including acts between nationals was to bar foreign interests from avoiding the Law by presenting themselves as Justian companies.³³ This discrimination breaches Article IV (1) of the Treaty of Friendship.

2. Justia is responsible for harm to Patrian nationals by the application of these same legislative acts.

a. Pharmaca, a Patrian national, was denied national treatment by the reduction of its patent for "Calmian" in October 1975.

The passage of the Industrial Property law destroyed the marketability of the patent and reduced its book value.

32. Treatment of Polish Nationals Case, (1932) P.C.I.J., ser. A/B, No. 44 at 28; Advisory Opinion No. 6 (German Settlers), (1923) P.C.I.J., ser. B, No. 6 at 24; See also Barcelona Traction Case, Preliminary Objections, (1964) I.C.J. 3, 63 where it is stated "It is the substance which carried weight on the international plane rather than the form". (sep. op. Wellington Koo); LORD McNAIR, *supra* note 7, at 541 notes "in considering whether treaty provisions have been violated or not, it is not the actual text of a decree or regulation that matters, but its actual effect."

33. Soberanis, *Legal Aspects Concerning the Technology Transfer Process in Mexico*, 7 GEORGIA J. OF INT'L & COMP. L. 17, 20 (1977).

b. In the alternative, Pharmaca suffered harm when the patent prematurely expired in 1976.

c. Pharmaca's trademark, "Calmian" ceased to be protected "as is" in October 1975.

From that time, the essence of "protection", a legal remedy on the statute books, was denied.

d. In the alternative, Pharmaca incurred damage by trademark infringement after August 1977.

e. The nationalization of Subpharm deprived Pharmaca of its majority interest in the Justian company.

Responsibility for complex acts is fixed when the act begins.³⁴ The nationalization was a "complex act" beginning with the passage of the Foreign Investment law, or undoubtedly with the notice of intent to expropriate in September 1976.

f. Pharmaca was stripped of a vested right by the invalidation of its Agreement.

The deprivation pursuant to the discriminatory law on the Transfer of Technology occurred in July 1976, following the Ministry of Industry's decision in April.

II. JUSTIA VIOLATED INTERNATIONAL LAW BY THE PROCEDURES AND PRACTICES RELATING TO THE INVALIDATION OF THE AGREEMENT BETWEEN PHARMACA AND SUBPHARM.

A. Justia wrongfully expropriated Pharmaca's vested contractual rights without compensation.

1. Vested property rights are protected by international law.

Acquired rights are protected by an international minimum standard.³⁵ Moreover, an implied binding term may be read into the Treaty of Friendship to respect and protect vested rights.³⁶

34. Phosphates in Morocco, (1938) P.C.I.J., ser. A/B, No. 74; Draft Articles, *supra* note 28, art. 18 (5).

35. Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), (1926) P.C.I.J., ser. A, No. 7 at 22, 42; Barcelona Traction Case, *supra* note 7, at 233 (sep. op. Morelli); S. FRIEDMAN, EXPROPRIATION IN INTERNATIONAL LAW 122 (1953).

36. S. FRIEDMAN, *supra* note 35, at 184.

2. **A contract is a vested right capable of expropriation.³⁷**
3. **Pharmaca's contractual rights were expropriated by Justia's refusal to give them legal force after July 1976.**
4. **Expropriation without compensation imposes international responsibility.**

Justia was required to give compensation by Article IV (3) of the Treaty of Friendship. A similar obligation arose at customary law.³⁸

B. Justia's invalidation of the Agreement was a clear and discriminatory departure from the proper law of the contract.

Patrian law, as designated by the parties to the Agreement, is the proper law of the contract. The Agreement was entirely proper under Patrian law.³⁹ Its invalidation incurs State responsibility at customary law.⁴⁰

C. The Agreement was invalidated by a wrongful *ultra vires* act of the Minister of Industry.

1. **The Minister's failure to decide Subpharm's appeal within 45 days renders his decision *ultra vires*.**

By Article 11 of the law on the Transfer of Technology, Subpharm's application ought to have stood accepted. Pharmaca, as a party to the contract, was damaged by this *ultra vires* action.

2. **This violation of municipal law also breaches Justia's international obligations.⁴¹**

D. Justia is not assisted by the local remedies rule.

1. **Justia has waived any application of the rule.**

The rule is a procedural one, directed to the admissibility of claims before international tribunals.⁴² By submitting to the

37. Certain German Interests, *supra* note 35, at 44.

38. De Sabla Claim, 7 ANNUAL DIGEST & R. OF PUB. INT'L L. CASES 241, 243 (1933); Norwegian Shipowners' Claims, 1 R. INT'L ARB. AWARDS 307, 334 (1921).

39. See argument *infra*, section V.B.3. at page 23.

40. Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, 55 AM. J. INT'L L. 548 (1961) art. 12 (4).

41. S. FRIEDMAN, *supra* note 35, at 136.

42. Ambatielos Case, (1953) I.C.J. 10, 23; RESTATEMENT (SECOND) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES sec. 209 (1962) (hereinafter "RESTATEMENT").

jurisdiction of this Court without preliminary objections, Justia has waived the rule.

2. The rule is not applicable to nationalizations or discrimination against foreigners.

State practice shows that the rule is suffering an eclipse in cases of expropriation and discrimination.⁴³

3. Even if applicable, the rule is not absolute.

Only adequate, effective and ordinary remedies must be pursued. They must present a real chance of success. Extraordinary remedies need not be exhausted.⁴⁴

4. A special action against the Minister of Industry would have been an insufficient remedy.

The special action is an extraordinary remedy. The special panel's limited jurisdiction made it procedurally incompetent.⁴⁵ It could review neither errors of fact nor *bona fide* errors of law. From Subpharm's common sense viewpoint,⁴⁶ the special action held no prospect of success.

E. Indeed, the lack of adequate local remedies is a denial of procedural justice.

1. There is an international standard of justice.

This view is supported by publicists,⁴⁷ and courts.⁴⁸ The standard is a degree of judicial organization comparable with that found in a reasonably constituted legal system.⁴⁹

43. F. DAWSON & I. HEAD, INTERNATIONAL LAW, NATIONAL TRIBUNALS AND THE RIGHTS OF ALIENS 51 (1971); Draft Articles, *supra* note 28, at 43.

44. Draft Articles, *supra* note 28, at 47; J. BRIERLY, THE LAW OF NATIONS 282 (6th ed. H. Waldock 1963).

45. The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, (1939) P.C.I.J., ser. A/B, No. 76, at 18; The Ambatielos Claim, 12 R. INT'L ARB. AWARDS 83, 119 (1955).

46. Draft Articles, *supra* note 28, at 47.

47. RESTATEMENT, *supra* note 42, sec. 165; J. BRIERLY, *supra* note 44, at 279.

48. Neer Claim (U.S.A.-Mexico), 4 R. INT'L ARB. AWARDS 60, 62 (1926).

49. A. FREEMAN, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE 135 (1938).

2. Justia denied a fair hearing to Subpharm.

a. The principle *audi alteram partem* is recognized in all civilized States.⁵⁰

The principle is found, for example, in the United States “due process”, British “natural justice”, and French “principes généraux”. A fair hearing is especially necessary when vested rights are being expropriated.⁵¹

b. Subpharm was denied the chance to “know and respond” or “confront” adverse evidence.

The Ministry could procure evidence which the applicant never saw. This power is provided by Article 11 of the Transfer of Technology law.

c. The Ministry of Industry was a judge in its own cause.

The Ministry’s decision under Article 7 of the law was referred back to the same Ministry for review pursuant to Article 11.

3. Patria is entitled to assert a claim based upon this denial of justice.

Pharmaca was directly affected as a party to the annulled contract. Patria may also claim for Pharmaca *qua* shareholder of Subpharm.⁵²

III. JUSTIA VIOLATED INTERNATIONAL LAW BY THE PROCEDURES AND PRACTICES RELATING TO THE NATIONALIZATION OF SUBPHARM.

A. The three-step decision to nationalize Subpharm was a wrongful *ultra vires* act.

1. An expropriation must conform to its controlling municipal legislation.⁵³

2. The decision violated municipal law.

Until January 1977, the Nationalization Board had no jurisdiction over Subpharm. By “deciding” to nationalize in

50. Stephen, *Natural Justice at the United Nations: The Rhodesian Case*, 67 AM. J. INT’L L. 479, 479 (1973).

51. F. DAWSON & I. HEAD, *supra* note 43, at 298.

52. The *ratio* of the Barcelona Traction Case, *supra* note 7, does not apply when the injured company was a national of the defaulting State.

53. S. FRIEDMAN, *supra* note 35, at 136.

September 1976, it began a complex wrongful act which reached fruition in the Premier's affirmation of the "decision" three months later.

3. Pharmaca is not estopped by the statements of its President in July 1976.

A statement by a company president is not conclusive evidence of the company's future conduct. In any case, the Board could not consider the company's intentions. It had only to decide ownership at a certain date.

B. This wrongful act of the State produces State responsibility.⁵⁴

IV. THE COMPENSATION FOR THE NATIONALIZATION OF SUBPHARM WAS INCONSISTENT WITH INTERNATIONAL LAW.

A. Since the nationalization of Subpharm was unlawful at international law, Justia is required to give Pharmaca full compensation, including loss of future profits.

1. Justia's nationalization of Subpharm was a violation of international law.

a. The law under which Subpharm was nationalized was in contravention of a binding treaty.

A nationalization measure which violates a treaty obligation is "per se a tortious act which involves state responsibility".⁵⁵ This principle has been recognized in the decisions of the P.C.I.J.⁵⁶ and by eminent publicists.⁵⁷ It is also inherent in the principle of *pacta sunt servanda*.

54. Draft Articles, *supra* note 28, art. 1, 8.

55. Domke, *Foreign Nationalization*, 55 AM. J. INT'L L. 585, 610 (1961).

56. Certain German Interests in Polish Upper Silesia, *supra* note 35, at 21; and Chorzów Factory Case, (1928) P.C.I.J., ser. A, No. 17 at 46, where the Court declared that since Poland's seizure of property violated a binding treaty it "is not an expropriation to render which lawful only the payment of fair compensation would have been wanting; it is a seizure of property... which could not be expropriated even against compensation."

57. Harvard Draft Code, *supra* note 40, art. 10 (1) (b); RESTATEMENT, *supra* note 42, sec. 165 (1) (13); Amador, *Fourth Report on International Responsibility*, (1959) 2 Y.B. INT'L COMM'N 1, 13; 1 G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW 660 (3rd ed. 1957).

Subpharm was nationalized because it had over 61% Patrian ownership. Article V (1) (b) of the Treaty of Friendship states that Patrian nationals shall be permitted to acquire majority interests in Justian companies. Thus, the law under which Subpharm was nationalized violated the Treaty, rendering the nationalization illegal *per se*.

b. The law under which Subpharm was nationalized was discriminatory.

Nationalization measures which discriminate against aliens are unlawful at international law.⁵⁸ Justia's Foreign Investment Law is overtly discriminatory, for only those companies controlled by foreigners are liable to be nationalized.

2. Therefore Justia is obliged to compensate Pharmaca by providing full reparation, including loss of future profits.

This principle was enunciated by this Court in the Chorzów Factory case where it stated that in cases of unlawful expropriation

... reparation must, as far as possible wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.⁵⁹

It has also found great support among publicists.⁶⁰

The compensation provided by Justia fell far below this standard. Not only did it fail to compensate for loss of future profits, it did not even provide compensation based on Subpharm's value as a going concern.

B. Even if the nationalization of Subpharm was not unlawful 'per se', the compensation provided by Justia was inconsistent with international law since it did not comply with the standard of compensation required by Article IV (3) of the Treaty of Friendship.

The 'property taken' by Justia was a profitable, operating business. It is well recognized that such a 'property' has a value beyond the sum of its physical assets.⁶¹ This value would be

58. Certain German Interests in Polish Upper Silesia, *supra* note 35, at 23; Brierly, 58 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL 171 (1936).

59. Chorzów Factory Case, *supra* note 56, at 47.

60. See publicists cited *supra* note 57.

61. Wells Fargo (U.S. v. Mexico), 8 M. WHITEMAN, DIGEST OF INTERNATIONAL LAW 1138 (1967); Smith, *Real Property Valuation for Foreign-Wealth Deprivations*, in 1

represented by the fair market value of the business and would reflect the profitability of the enterprise. The compensation provided by Justia ignored this element and was thus inadequate. Moreover, the fact that excess profits were deducted from the amount awarded clearly violated this article of the treaty by rendering the compensation less than "the equivalent of the property taken".

Finally, the fact that compensation was to be paid in Justian currency over a period of five years with only 2% interest would mean that by the time the owners of Subpharm actually received the compensation, it would be far less than "the equivalent of the property taken".

C. In the alternative, if Justia was not bound by the Treaty of Friendship, the compensation provided by Justia was inconsistent with the general principles of international law.

1. There is a minimum standard of compensation required at international law.

The principle that there is an objective standard of compensation with which all states must comply is recognized by state practice,⁶² conventions,⁶³ U.N. Resolutions,⁶⁴ judicial decisions,⁶⁵ and by numerous eminent publicists.⁶⁶

2. This standard requires that the property taken be valued as a going concern.

THE VALUATION OF NATIONALIZED PROPERTY IN INTERNATIONAL LAW 134, 159 (R. Lillich ed. 1972) (hereinafter, VALUATION).

62. "(I)n the majority of cases, nationalizing States have... conceded that the issue of quantum of compensation is subject to international law standards": Amerasinghe, *The Quantum of Compensation for Nationalized Property*, in 3 VALUATION, *supra* note 61, at 111.
63. O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 2 INT'L LAW 331 (1967-68).
64. Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. Res. 1803, GAOR Supp. 17 at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962).
65. Chorzów Factory Case, *supra* note 56, at 47.
66. B. WORTLEY, EXPROPRIATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW 126 (1959); Murphy, *Limitations upon the Power of a State to Determine the Amount of Compensation Payable to an Alien upon Nationalization*, in 3 VALUATION, *supra* note 61, at 61.

- a. The existence of such a standard is supported by state practice.⁶⁷
- b. The existence of such a standard is supported by judicial and arbitral decisions⁶⁸ and by eminent publicists.⁶⁹
- c. The existence of such a standard is required by the "general principles of law recognized by civilized nations".⁷⁰
 - i. It is required by the principle of acquired rights.

The International Law Commission has stated that the doctrine of acquired rights is "the *raison d'être* of international responsibility".⁷¹ At international law, these rights may be removed only on payment of full compensation.⁷²

- ii. It is required by the principle of unjust enrichment.

The principle of unjust enrichment is present in the legal systems of most countries.⁷³ It has also been accepted as part of international law by arbitral tribunals⁷⁴ and by publicists.⁷⁵

An investor incurs costs and risks in setting up a company in a foreign state and gives up opportunities for making pro-

67. For evidence of practice in the United States see letter from John B. Rhem (Dept. of State) to Special Assistant Clarence W. Nichols (Nov. 19, 1962), reprinted in 8 M. WHITEMAN, *supra* note 61, at 1143; for evidence of practice of 19 members of the O.E.C.D. see O.E.C.D. Draft Convention, *supra* note 63, art. 3 (iii) and comment, at 340; for evidence of practice in the developing countries, see numerous treaties signed by them as collected in I.C.S.I.D., 1-4 INVESTMENT LAWS OF THE WORLD (1972).

68. Chorzów Factory Case, *supra* note 56, at 47; Lena Goldfields v. U.S.S.R., *The Arbitration Between Lena Goldfields and the Soviet Government*, 36 CORN. L. REV. 31 (1950-51); Norwegian Shipowners' Claims, *supra* note 38, at 338.

69. 2 D. O'CONNELL, INTERNATIONAL LAW 856 (1965); B. WORTLEY, *supra* note 66.

70. Statute of the International Court of Justice, *supra* note 4, art. 38 (1) (c).

71. International Law Commission, *Report on State Responsibility*, (1959) 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 1.

72. 2 D. O'CONNELL, *supra* note 68, at 856 and arbitral decisions cited therein.

73. Francioni, *Compensation for Nationalization of Foreign Property: The Borderland Between Law and Equity*, 24 INT'L COMP. L.Q. 255, 273 (1975).

74. Lena Goldfields Case, *supra* note 68.

75. 1 G. SCHWARZENBERGER, *supra* note 57, at 577; McNair, *The Seizure of Property and Enterprises in Indonesia*, 6 NETHERLANDS INT'L L. REV. 218, 239 (1959).

fits elsewhere. A state is unjustly enriched if, having incurred none of these costs or risks, it takes the fruits of these investments without paying full compensation.

3. The compensation provided by Justia was inconsistent with this minimum standard.

As discussed above in section IV, B of this memorial, Justia failed to award compensation for the taking of Subpharm on a going-concern basis. The injustice of this is amplified by the fact that Justia had encouraged investment by becoming a party not only to the Paris Convention but also to the Treaty of Friendship.

4. Justia cannot argue that a new norm of customary international law has developed.

a. State practice has not established a norm of partial compensation.

This Court has clearly stated that in order for State actions to be considered evidence of customary law, it must be demonstrated that the actions were based on an apprehension of legal obligation.⁷⁶

Lump sum settlements which have been negotiated since World War II cannot therefore, be taken as evidence that only partial compensation is required. These settlements constitute mere compromises reflecting political, economic and wartime realities rather than a sense of *opinio juris*. No State has admitted that the negotiated amount is all that it is entitled to and on several occasions States have explicitly protested before settling the account.⁷⁷

b. U.N. Resolutions have not established such a norm.

As discussed above (Sec. I.A. (4) (b)), the Charter on Economic Rights and duties of States⁷⁸ cannot be relied on as creating a new norm of international law whereby compensation standards may be municipally determined.

5. In any event, the deduction by Justia of excess profits from the compensation award was inconsistent with international law.

76. North Sea Continental Shelf Cases, (1969) I.C.J. 44.

77. 2 D. O'CONNELL, *supra* note 68, at 859.

78. G.A. Res. 3281, *supra* note 18.

a. Deduction of excess profits offends the principle of acquired rights.

Economic benefits received under a contract are acquired rights.⁷⁹ As owners of 80% of Subpharm, Pharmaca was entitled to all the profits it received.

b. Deduction of excess profits offends the principle of unjust enrichment.

The profits made by Pharmaca through Subpharm were necessary to cover the risks of investing in a foreign country where the politics and economy were unstable. In this instance the very thing against which Pharmaca tried to insure in fact occurred. Subpharm was nationalized and inadequate compensation was paid. It is impossible, therefore, to say that these profits were 'unjustified'. On the contrary it is Justia which became unjustly enriched through the confiscation of these profits. Justia has reaped all the benefits of Pharmaca's investments without having taken any of the risks.

D. Justia may not justify the measure of compensation awarded by arguing that the nationalization of Subpharm was a penalty for the violation of the Foreign Investment Act.

1. The Foreign Investment Act was in violation of international law; therefore no punishment arising from its breach should be recognized at international law.

As discussed above (Section IV.A.), the Foreign Investment Act violated international law insofar as it was in breach of Justia's obligations under the Treaty of Friendship and it discriminated against foreigners. It would be absurd if Justia could justify the confiscation of Subpharm with reference to a law which was itself a blatant breach of its international obligations.

2. In the alternative, confiscation is too extreme a penalty for the offence committed.

If the penalty of confiscation is too extreme for the offence committed, then international law will view the confiscation of alien property as wrongful unless adequate compensation is paid. Subpharm was given only one year to comply with Justia's new law. This is too short a period to expect a company to be able to divest

79. See Oscar Chinn Case, (1934) P.C.I.J., ser. A/B, No. 63, at 122.

itself of 40% of its holdings. Pharmaca should have been given an extension on the time limit for divestiture and, at the most, had a fine levied against it.

3. In any event, Justia should not be able to argue that the taking of Subpharm was a criminal penalty, when it has itself, called the taking a nationalization and recognized that compensation must be paid.

V. THE PROVISIONS OF JUSTIAN LAW THAT REQUIRE TRANSFER OF TECHNOLOGY DISPUTES TO BE SETTLED IN JUSTIAN COURTS, ACCORDING TO JUSTIAN LAW, ARE INCONSISTENT WITH INTERNATIONAL LAW.

A. Justia's Law on the Transfer of Technology requires recourse only to Justian courts.

Notwithstanding contrary interpretations of a similar Mexican law,⁸⁰ Justia's law prevents all foreign arbitration of transfer of technology disputes. Justia cannot now say that the law prevents only recourse to foreign *courts*. It is estopped⁸¹ by its representations in the fruitless diplomatic discussions which led directly to the submissions of this issue as presently worded.

B. This requirement is inconsistent with Justia's treaty obligations to recognize arbitration agreements.

1. It is in violation of Article III (2) of the Treaty of Friendship.

Article III (2) binds the parties to recognize contracts entered into by nationals of either State that provide for the settlement of controversies by arbitration. No such contract may be deemed unenforceable simply because the designated place of arbitration is outside the territories of either party. Justia's Transfer of Technology Law will not register, and thereby will not enforce, any contract which ousts the jurisdiction of Justian courts. Thus, it is in direct violation of this article of the Treaty.

80. See Soberanis, *supra* note 33, at 27-8.

81. See section I.A.6.b., *supra*, p. 5.

2. It is in violation of Article II of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.⁸²

Article II (1) of the Convention asserts that all Contracting States must recognize a written agreement under which the parties agree to submit any differences to arbitration. As discussed above (s. V.B.1), Justia's Law refuses to recognize such agreements. It, therefore, violates the Arbitration Convention.

3. Justia may not argue that it need not recognize any agreements to arbitrate which concern subject matters incapable of arbitration under its own law.

Article II (1) states that only agreements which concern "a subject matter capable of settlement by arbitration" need be recognized. While this Article gives no indication of what law is to be applied in determining whether the subject matter is capable of arbitration, Patria submits that a correct interpretation of the Article requires that it is the law chosen by the parties which should apply. This interpretation is supported by Article V (1) (a) which states that a court may refuse enforcement of an award when the agreement to arbitrate "is not valid *under the law to which the parties have subjected it*" (emphasis added). This provision indicates that the law applicable to the validity of the arbitral agreement is the one chosen by the parties.⁸³

Since Pharmaca and Subpharm had specifically stated that Patrian law would apply, Justia cannot refuse to recognize the agreement to arbitrate on the ground that according to Justian law the agreement concerned a subject matter incapable of arbitration.

C. This requirement is also inconsistent with Justia's treaty obligations to recognize and enforce foreign arbitral awards.

1. Justia is obliged to recognize and enforce foreign arbitral awards.

This obligation is contained in Article III (2) of the bilateral Treaty of Friendship, as well as Article III of the multilateral Arbitration Convention. These provisions are based on good sense

82. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 2519 (hereinafter Arbitration Convention).

83. L. Cappelli Perciballi, *International Commercial Arbitration As Affected by the New York Convention of 1958* (Aug. 1975) (unpublished S.J.D. thesis).

and international commercial necessity. As the United States Supreme Court noted, contractual stability is crucial in international transactions, and a contrary conclusion would reflect a

parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts... We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts.⁸⁴

2. The effect of the law is to always refuse recognition of foreign arbitral awards.

The Transfer of Technology Law provides that any contract envisaging arbitration of technology disputes will be denied legal force because of that clause. Then, because the whole contract has been invalidated, the Justian court is able to say there is no arbitral clause upon which to base an award. Whether Justian courts care to call them "awards" or not, valid arbitral awards at international law will consistently be refused recognition in Justia.

3. Justia cannot say that all transfer of technology agreements are non-arbitrable subject matters.

Presuming Justia adopted the correct formulation of Article II of the Arbitration Convention suggested above, section V.B.3., it would still be inconsistent with international law for Justia to refuse enforcement by arguing that the Law makes all transfer of technology disputes non-arbitrable. If this is indeed the import of the Law, it goes far beyond any previous municipal definition of "non-arbitrable" subjects, which are usually matters such as divorce, probate, or criminal law.⁸⁵ The definition of "transfer of technology" in Article 2 of the Law cuts a wide swath across the very sort of commercial agreements the Arbitration Convention was specifically designed to cover.⁸⁶ To allow such an expansive definition of "non-arbitrable" would frustrate the purpose of the Convention by excluding nearly all international commercial arbitration. Justia cannot plead the provision of municipal law in

84. *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 9 (1972).

85. Smedresman, *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration: A Survey of Recent Developments*, 7 CALIF. WEST. INT'L L.J. 263, 328 (1977).

86. Article I (3) provides for a reservation of the Arbitration Convention's effect to *only* commercial arbitrations. No other reservation regarding subject matter is allowed. By negative implication, the Convention's prime object is commercial dealings.

defence to an international breach⁸⁷ especially when the state of those laws is the very breach complained of.

4. Justia cannot plead that enforcement of transfer of technology arbitrations offends public policy.

a. "Public policy" must be narrowly defined.

A United States Appeals Court has rightly held that "enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum State's most basic notions of morality and justice".⁸⁸

b. Mere conflict with municipal legislation does not offend the public policy proviso.

This opinion is the product of decisive and unmitigated deference by the courts for international considerations involved in foreign arbitrations.⁸⁹ The Transfer of Technology law does not embody "public policy" from which foreign arbitration cannot derogate. Transfers of technology awards can cover such mundane matters as royalty formulae and trademark misuse. These matters do not touch basic notions of morality and justice, and Justia is obligated to enforce such awards.

87. *Nottebohm Case (Second Phase)*, (1955) I.C.J. 4, 17; *Free Zones Case*, (1932) P.C.I.J., ser. A/B, No. 46 at 167.

88. *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974).

89. *Id.*; see also *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

CONCLUSION

It is respectfully requested that this honourable Court:

1. Adjudge and declare that Justia violated its obligation under international law to extend national treatment to Patrian licensors or investors.
2. Adjudge and declare that Justian legal procedures and practices relating to the invalidation of the agreement between Subpharm and Pharmaca and to the nationalization of Subpharm were in violation of international law.
3. Adjudge and declare that Justia's provisions for compensation were inconsistent with international law.
4. Adjudge and declare that the provisions of Justian law which require transfer of technology disputes to be settled in Justian courts and in accordance with Justian law are inconsistent with international law.
5. Direct a Special Master to determine the amount of compensation and damages due to Patria as reparation for these violations of international law.

All of which is respectfully submitted,

Geoffrey Creighton

Christine Mauro

Agents for the Republic of Justia.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

MARS 1979

Entre:

**GOUVERNEMENT DE PATRIA
demandeur**

et

**GOUVERNEMENT DE JUSTIA
défendeur**

MÉMOIRE DU DÉFENDEUR*

**REPRÉSENTANTS DU GOUVERNEMENT
DE JUSTIA**

Équipe #10
L.C. Harvey
M.L. Morin
F.P. Rioux
Faculté de droit
Université de Sherbrooke

* À la demande de la rédaction, les auteurs y ont apporté quelques modifications de forme.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	346
QUESTIONS PRÉSENTÉES À LA COUR	350
RÉSUMÉ DU PLAIDOYER	351
ARGUMENTATION ET SOURCES	352
I. FONDEMENT JURIDIQUE DU DROIT DE JUSTIA	
Les dispositions déclaratives de coutume de la Charte des droits et devoirs économiques des États ont force de loi à l'égard de Justia et Patria à titre de coutume générale et bilatérale	352
II. LE TRAITEMENT NATIONAL FUT ACCORDÉ AUX RES-SORTISSANTS PATRIENS DANS LA MESURE OU JUSTIA Y ÉTAIT TENUE	
A) Les ressortissants de Patria ont bénéficié du traitement national dans la mesure où la Convention d'établissement de 1925 entre Justia et Patria leur conférait ce droit. ...	354
B) Justia n'avait aucune obligation d'accorder le traitement national aux concessionnaires selon la Convention de Paris après septembre 1976	356
C) Dans l'hypothèse où la Convention de Paris n'aurait pas été dénoncée conformément à la procédure prévue à l'article 26 de cette dernière, Justia n'a pas violé son obligation de l'article 2 (1) de ladite Convention.	357
III. L'INVALIDATION DU CONTRAT ENTRE SUBPHARM ET PHARMACA AINSI QUE LA NATIONALISATION DE SUBPHARM FURENT EFFECTUÉES CONFORMÉMENT AU DROIT JUSTIEN ET AU DROIT INTERNATIONAL	
A) Le contrat de licence entre Subpharm et Pharmaca était soumis à la Loi sur le transfert de technologie de Justia en raison de la nature de cette loi et de sa compatibilité avec le droit international concernant la réglementation des pratiques restrictives de commerce	358

B) Patria n'ayant pas les mains propres et Subpharm n'ayant pas épuisé les recours internes de Justia, aucune demande de réparation fondée sur l'invalidation du contrat de licence n'est recevable devant la Cour internationale de justice	360
C) La nationalisation de Subpharm par Justia fut effectuée conformément au droit international et constituait de ce fait une expropriation licite	361
IV. LA COMPENSATION ACCORDÉE À SUBPHARM PAR LE GOUVERNEMENT JUSTIEN CORRESPOND AUX NORMES INTERNATIONALES	363
A) Patria ne peut représenter les intérêts des actionnaires patriens à la suite de la nationalisation de Subpharm ..	363
B) La compensation versée est conforme aux dispositions de la Convention d'établissement et à la coutume internationale	363
V. LES DISPOSITIONS DE LA LOI JUSTIENNE DÉCRÉTANT QUE LES CONFLITS SURVENANT DANS LE CADRE DE LA LOI SUR LE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE DOIVENT ÊTRE RÉGLÉS SELON LA LOI JUSTIENNE, SONT CONFORMES AU DROIT INTERNATIONAL	365
A) Le contrat entre Subpharm et Pharmaca est frappé de nullité; la clause d'arbitrage est donc caduque	365
B) La partie expropriée n'ayant pas respecté les exigences de la loi nationale, la loi de Justia doit alors prévaloir sur la clause compromissoire	366
C) Justia, en refusant de reconnaître la sentence arbitrale, ne viole aucunement ses engagements internationaux ..	367
VI. CONCLUSIONS	

BIBLIOGRAPHIE

Conventions et traités

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, reproduite dans P. REUTER, R. GROS, *Traités et documents diplomatiques* 31 (1976)

Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, reproduite dans P. REUTER, R. GROS, *Traités et documents diplomatiques* 134 (1976)

Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 16 décembre 1966, reproduits dans P. REUTER, R. GROS, *Traités et documents diplomatiques* 139

Charte des droits et devoirs économiques des États A.G.N.U. Res. 3281 (XXIX) (1974)

Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, reproduit dans P. REUTER, R. GROS, *Traités et documents diplomatiques* 249 (1976)

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ci-après nommée Convention de New York, 10 juin 1958 21 U.S.T. 2517; TIAS 6997

Convention d'établissement, protocole et déclaration conjointe États-Unis-France, 8 décembre 1960 11 U.S.T. 2398; TIAS 4625

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, ci-après nommée Convention de Paris 14 juillet 1967, 21 U.S.T. 1583; TIAS 6923

Lois nationales

Canada

Loi concernant les brevets d'inventions, citée sous le titre *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, c. P-4

États-Unis

Sherman Act, 15 U.S.C.A. (1970)

Clayton Act, 15 U.S.C.A. (1970)

Jurisprudence internationale

Cour internationale de justice

Avis consultatif sur la Namibie (1971) C.I.J. 16

Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company (Deuxième phase) (Belgique c. Espagne) (1970) C.I.J. 4

Affaire du droit de passage sur territoire indien (Fond) (Portugal c. Inde) (1960) C.I.J. 6

Cour de justice des Communautés européennes

United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission of the European Communities, 17 I.L.M. 333 (1978)

Imperial Chemical Industrie Ltd. contre Commission des Communautés européennes, (1972) C.J. Comm. E. Rec. 619

Tribunal d'arbitrage international

Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company and the Government of The Libyan Arab Republic, 17 I.L.M. 1 (1978)

Jurisprudence nationale

United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc., 133 F. Supp. 40 (1955)

Banque Nationale pour le Commerce et de l'Industrie Afrique c. Narbonne (2 décembre 1965), Cour d'appel d'Aix-en-Provence, reproduit dans 47 INT'L L. Rep. 120 (1974)

**SOURCES DOCUMENTAIRES
ET MONOGRAPHIES**

- C. AMERASINGHE, STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS (1962)
- I. BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (1966)
- J. CASTAÑEDA, LEGAL EFFECTS OF UNITED NATIONS RESOLUTIONS (1969)
- A. D'AMATO, THE CONCEPT OF CUSTOM IN INTERNATIONAL LAW (1971)
- L. DELBEZ, PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL (1962)
- L. DI QUAL, LES EFFETS DES RÉOLUTIONS DES NATIONS UNIES (1967)
- A. FATOUROS, GOVERNMENT GUARANTEES TO FOREIGN INVESTORS (1962)
- A. FAVRE, PRINCIPES DU DROIT DES GENS (1974)
- P. FOUCHARD, L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL (1965)
- A. FREEMAN, INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1938)
- W. FRIEDMANN, THE CHANGING STRUCTURE OF INTERNATIONAL LAW (1964)
- G. FOUILLOUX, LA NATIONALISATION ET LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (1962)
- H.G. FOX, CANADIAN PATENT LAW AND PRACTICE (1969)
- F.V. GARCIA-AMADOR, L.B. SOHN, R.R. BAXTER, THE RECENT CODIFICATION OF THE LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS (1974)
- 1 P. GUGGENHEIM, TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (1954)
- J. GUYENOT, DROIT ANTI-TRUST EUROPÉEN (1975)
- PH. C. JESSUP, A MODERN LAW OF NATIONS (1950)
- E. LANGEN, TRANSNATIONAL COMMERCIAL LAW (1973)
- 2 D.P. O'CONNELL, INTERNATIONAL LAW (1970)

- P. REUTER, A. GROS, TRAITÉS ET DOCUMENTS DIPLOMATIQUES (1976)
- 1 G. SHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW (1945)
- H.J. STEINER, D.F. VAGTS, TRANSNATIONAL LEGAL PROBLEMS (1976)
- G. WHITE, NATIONALIZATION OF FOREIGN PROPERTY (1961)
- 8 M. WHITEMAN, DIGEST OF INTERNATIONAL LAW (1967)

ARTICLES

- Bindschedler, "*La protection de la propriété privée en droit international public*", 90 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 173 (1956)
- Carabier, "*L'évolution de l'arbitrage commercial international*" 99, RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 119 (1960)
- Domke, "*Indonesian nationalization measures before foreign courts*" 54 AM. J. INT'L L. 304
- Dubitzky, "*The General Assembly's International Economics*", 18 HARV. INT'L L.J. 675 (1977)
- Ebb, "*Transfers of foreign technology in Latin America: the birth of anti-trust law*" 43 FORDHAM L. REV. 719 (1974-75)
- Feuer, "*Reflexions sur la Charte des droits et devoirs économiques des États*" 79 R.G.D.I.P. 302 (1975)
- Henderson, "*Arbitration and Transfer of patents*" 29 CAN. P. REP. (2nd) 216 (1977)
- Lapres, "*Principles of compensation for nationalized property*" 26 INT'L AND COMP. L.Q. 97 (1977)
- Reuter, "*Principles de droit international public*" 103 RECUEIL DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL, 425 (1961)
- Rozental, "*The Charter of Economic Rights and Duties of States and the New International Economic Order*" 16 VA. J. INT'L L. 309 (1975-76)

Seidl-Hohenveldern, "*Chilean Copper Nationalization Case before German Courts*" 69 An. J. INT'L L. 110 (1975)

Salmon, "*Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales*" 10 A.F.D.I. 225 (1964)

Tiewul, "*The United Nations Charter of Economic Rights and Duties of States*" 10 J. INT'L L. AND ECON. 645 (1975-76)

Van Hecke, "*Le droit anti-trust: aspects comparatifs et internationaux*", 106 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 253 (1962)

White, "*A new international economic order*" 16 VA. J. INT'L L. 323 (1975-1976)

QUESTIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

QUESTION I

L'État de Justia a-t-il violé ses obligations internationales en n'accordant pas le traitement national aux investisseurs et aux titulaires de brevet de Patria?

QUESTION II

Y a-t-il eu violation du droit international dans les procédures et pratiques justiennes en ce qui concerne l'annulation de l'accord entre Pharmaca et Subpharm ou la nationalisation de Subpharm?

QUESTION III

La compensation accordée pour l'expropriation des biens appartenant à Subpharm est-elle compatible avec le droit international?

QUESTION IV

Les dispositions de la loi justienne obligeant les conflits résultant de l'application de la Loi sur le transfert de technologie à être réglée selon la loi nationale sont-elles conformes au droit international?

RÉSUMÉ DU PLAIDOYER

Justia a respecté la Convention d'établissement et la Convention de Paris en accordant aux ressortissants patriens le traitement national dans la mesure où ces conventions trouvaient application. Conséquemment, aucune violation du droit international général ou conventionnel n'a été commise.

Le contrat de licence entre Subpharm et Pharmaca fut invalidé selon les règles du droit international et national concernant les pratiques restrictives de commerce. La procédure prévue dans la Loi sur le transfert de technologie fut respectée; dans l'alternative, Subpharm n'ayant pas épuisé les recours internes, aucune réclamation ne peut être portée devant cette Cour.

La nationalisation de Subpharm fut effectuée conformément au droit international; Pharmaca, en tant qu'actionnaire, ne peut être représentée diplomatiquement devant la Cour par Patria en ce qui a trait à la nationalisation de l'usine Subpharm.

La compensation versée à Pharmaca en raison de ses droits de propriété industrielle expropriés fut juste et adéquate étant donné le droit applicable au litige.

La sentence arbitrale rendue à Patria ne peut recevoir exécution à Justia pour des motifs d'ordre public, tenant de la lettre de la Convention de Paris et de la nature de la Loi sur le transfert de technologie de Justia. Le contrat de licence étant de plus atteint de nullité *ab initio*, la clause d'arbitrage ne pouvait y survivre.

ARGUMENTATION ET SOURCES

I. FONDEMENT JURIDIQUE DU DROIT DE JUSTIA

Les dispositions déclaratives de coutume de la Charte des droits et devoirs économiques des États ont force de loi à l'égard de Justia et Patria à titre de coutume générale et locale

Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui peuvent avoir force obligatoire à l'égard de ses membres sont celles déclaratives de coutume ou constitutives de coutume¹. La Charte des droits et devoirs économiques des États² contient des dispositions déclaratives de coutume et constitutives de coutume³, l'art. 2 (2)(c) étant le seul article considéré comme constitutif de coutume⁴. Bien que la résolution ne soit pas opposable aux États qui ont voté contre ou qui se sont abstenus, la lecture de la Charte indique clairement que ses dispositions sont détachables. Dès lors, plusieurs de ces articles peuvent avoir force légale nonobstant le statut formel de l'instrument, surtout si certains États ont voté contre en raison de quelques dispositions isolées considérées comme inacceptables⁵.

Tel fut bien le cas de la Charte en raison de la présence de l'art. 2 (2) (c)⁶ qui stipule qu'un État peut nationaliser conformément au droit interne sans égard au droit international.

L'article 2 (1), (2) (a) et (b) est déclaratif de coutume dans la mesure où il constate l'existence d'une pratique uniforme et continue de l'ensemble des États qui consiste en l'exercice d'une pleine souveraineté sur toutes leurs activités économiques, y compris la

-
1. J. CASTEÑEDA, LEGAL EFFECTS OF UNITED NATIONS RESOLUTIONS 16, 21 (1969); L. DI QUAL, LES EFFETS DES RÉOLUTIONS DES NATIONS UNIES 243, 251 (1967).
 2. A.G.N.U., 14 déc. 1974, Res. 3281 (XXX), ci-après nommée la Charte.
 3. Tiewul, "The United Nations Charter of Economic Rights and Duties of States" 10 J. INT'L L. AND ECON. 685 (1975-76); Feuer "Reflexions sur la charte des droits et devoirs économiques des États", 79 R.G.D.I.P. 302 (1975).
 4. Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic 17 I.L.M. (1978) p. 30; Dubitzky, "The General Assembly's International Economics" 18 HARV. INT'L L.J. 675 (1977).
 5. Tiewul, supra note 3, p. 687.
 6. White, "A new international economic order" 16 VA. J. INT'L L. 330 (1975-76); Rozenal, "The Charter of Economic Rights and Duties of States and the New International Economic Order" 16 VA. J. INT'L L. 319 (1975-76).

réglementation des activités des corporations transnationales et des investissements étrangers se trouvant sous leur juridiction⁷. L'*opinio juris* était valablement exprimé par une nette majorité des États favorables à la résolution⁸. De cette façon, la résolution no 1803 de 1962 portant sur la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles est considérée comme déclarative de coutume⁹. De plus, la pratique de restreindre l'accès des étrangers aux activités économiques de l'État est aussi une coutume bilatérale qui lie *Justia et Patria*. En effet, l'on peut présumer que *Patria*, en tant que pays développé, possède des lois semblables à celles de *Justia* qui limitent la prise d'intérêts majoritaires par les étrangers dans certains secteurs économiques; il en va de même de leur droit de diriger et gérer ces entreprises en tant qu'administrateurs. Ces mesures restrictives, énoncées dans les lois nationales des deux pays, font état de la pratique et de la conviction nécessaires à l'établissement de cette coutume bilatérale qui s'est développée postérieurement à la Convention d'établissement de 1925 entre les deux États¹⁰. La coutume bilatérale ayant force obligatoire entre les parties¹¹, cette pratique doit donc prévaloir sur d'autres règles générales¹². Lorsqu'une pratique constante et uniforme est reconnue, celle-ci doit prévaloir sur toute obligation conventionnelle antérieure qui édicte une règle différente¹³. Les obligations de l'art. V (b) et (c) de la Convention d'établissement qui permettent aux nationaux de *Patria* d'acquérir des intérêts majoritaires dans les sociétés justiennes, de diriger et gérer les entreprises qu'ils ont créées, ne sont donc plus opposables à *Justia* en vertu de la coutume générale et bilatérale, telle que déclarée par l'art. 2 (1), (2) (a) et (b) de la Charte des droits et devoirs économiques des États.

7. A. FREEMAN, INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE 513, 529 (1938).

8. L. DI QUAL, *supra* note 1, p. 243.

9. *Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic*, *supra* note 4 p. 30.

10. Convention d'établissement, 21 décembre 1960 (États-Unis-France), 11 U.S.T. 2398; TIAS 4625.

11. A. D'AMATO, THE CONCEPT OF CUSTOM IN INTERNATIONAL LAW 250-51 (1971).

12. *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Fond) (Portugal c. Inde)* (1960) C.I.J. p. 44.

13. La pratique des membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies est différente de celle prescrite par l'article 27 (3) de la Charte des Nations Unies en ce qui a trait à la procédure de vote du conseil. Cette pratique érigée en coutume prime la lettre de la Charte. *Avis consultatif sur le Namibie*, (1971) C.I.J. 22.

II. LE TRAITEMENT NATIONAL FUT ACCORDÉ AUX RESSORTISSANTS PATRIENS DANS LA MESURE OÙ JUSTIA Y ÉTAIT TENUE

La notion d'égalité de traitement des nationaux et des étrangers et celle du standard international minimum, acceptées par certains auteurs, ont récemment subi une évolution considérable¹⁴. Le standard international minimum est défini et limité au "respect universel des droits de l'homme et des libertés fondamentales"¹⁵ dont traite la Charte des Nations Unies¹⁶ et qui sont énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 12 décembre 1948 et dans les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme du 16 décembre 1966¹⁷. Ces textes n'imposent pas aux pays en voie de développement l'obligation d'accorder le traitement national aux étrangers en ce qui concerne leurs droits économiques¹⁸. Par conséquent, les seules obligations relatives au traitement national auxquelles Justia peut être soumise, sont celles que lui imposent la Convention d'établissement et la Convention de Paris¹⁹.

A) Les ressortissants de Patria ont bénéficié du traitement national dans la mesure où la Convention d'établissement de 1925 entre Justia et Patria leur conférait ce droit

L'art. XI de la Convention d'établissement permettait à Justia de réduire la durée du brevet de Pharmaca à 8 ans et d'exiger que Pharmaca enregistre deux marques de fabrique, malgré le privilège de traitement national accordé par l'art. VIII (1) en vertu duquel cette durée aurait été de 15 ans.

En effet, Justia estimait ces mesures nécessaires afin d'empêcher la continuation des pratiques restrictives de commerce prévues

14. I. BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 510 (1966).

15. Ph. C. JESSUP, A MODERN LAW OF NATIONS 102 (1950).

16. R. BAXTER, L.B. SOHN, RECENT CODIFICATION OF THE LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS 5 (1974).

17. P. REUTER, A. GROS, TRAITÉS ET DOCUMENTS DIPLOMATIQUES 134, 139 (1976).

18. Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques et culturels, idem 140, art 2 (3).

19. Convention d'établissement, supra note 10; Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 14 juillet 1967, 21 U.S.T. 1583; TIAS 6923, ci-après nommée Convention de Paris.

par le contrat de licence entre Pharmaca et sa filiale Subpharm²⁰. Par conséquent la demande d'enregistrement de ce contrat se heurta à un refus.

Pharmaca abusait ainsi de ses droits de propriété industrielle contrairement à la Loi sur le transfert de technologie²¹. Ces pratiques restrictives démontrent l'intention d'exercer un contrôle visant à établir un monopole sur le marché justien.

Justia était en droit d'estimer que ces pratiques continueraient, Subpharm et Pharmaca n'exprimant dans les faits qu'une seule et même volonté, celle du détenteur de 80% des actions de Subpharm.

La réduction de la durée du brevet était donc la seule façon par laquelle Justia pouvait empêcher la continuation de ces pratiques restrictives jusqu'en 1983, le brevet ayant été enregistré en 1968. De plus, obliger Pharmaca à enregistrer une deuxième marque de fabrique, sous peine d'annulation de sa marque de fabrique originale, constituait le seul moyen dont disposait Justia de contrôler l'utilisation induite par une corporation étrangère de cette marque de fabrique.

L'art. VII (2) de la Convention d'établissement permettait à Justia d'imposer des restrictions à la possession d'intérêts majoritaires par les étrangers dans les entreprises se livrant à des activités d'un caractère particulier. L'industrie pharmaceutique pouvait être ainsi qualifiée si l'on tient compte de la teneur de la plupart des lois sur la propriété industrielle de l'Europe de l'Ouest des années 1930. Ces lois prévoyaient l'émission de licences obligatoires lorsque les brevets concernaient les produits pharmaceutiques²². L'exercice de ce droit ne saurait être supprimé par l'art. V (b) de cette Convention puisque ce dernier n'est plus opposable à Justia en vertu de la coutume bilatérale et générale, tel qu'établi précédemment.

Justia était en droit d'exiger que deux administrateurs sur trois soient de nationalité justienne, en vertu de son droit de réglementer

20. À titre d'exemple: la rétrocession exclusive et non réciproque des améliorations apportées au produit par le concessionnaire Subpharm (clause 1), la prohibition d'exportation du produit manufacturé imposée au concessionnaire (clause 6), l'interdiction de contester la validité de la marque de fabrique concédée (clause 2); voir p. 12 *infra* pour une analyse plus détaillée de ces pratiques.

21. Ces pratiques étaient prohibées par les articles 6 (b) (1), (10) et (2) de la Loi sur le transfert de technologie de Justia.

22. Voir par exemple, la législation canadienne à cet effet; cf. Loi sur les brevets, S.R.C. (1970) c. P-4; voir aussi H.G. FOX, CANADIAN PATENT LAW AND PRACTICE 5-7 (1969).

les activités des corporations transnationales et d'exercer pleine souveraineté sur toutes les activités économiques sur son territoire²³. Le droit des étrangers de diriger et gérer les entreprises qu'ils ont créées en vertu des arts V (c) et II (1) b de la Convention d'établissement est, par ailleurs, inopposable à Justia en raison du droit coutumier bilatéral et général²⁴ qui exclut ce traitement national, tel que stipulé par l'art. 2 (1), (2) b de la Charte des droits et devoirs économiques des États.

Subpharm est une société incorporée selon la loi justienne au sens de l'art. XIV (5) de la Convention d'établissement; elle ne saurait donc prétendre au traitement national réservé aux étrangers en vertu de l'art. III (1) de ladite Convention. Sur la base de cette même disposition, Pharmaca ne saurait, non plus, invoquer un déni de justice en ce qui concerne l'accès aux tribunaux de Justia, puisqu'elle ne s'y est jamais présentée.

Si Subpharm était considérée comme une société patrienne au sens de l'article XIV (5) de la Convention d'établissement, elle ne pourrait alléguer devant la Cour ce même déni de justice parce qu'elle a omis d'épuiser les recours internes disponibles et appropriés devant la Cour suprême de Justia²⁵.

B) Justia n'avait aucune obligation d'accorder le traitement national aux concessionnaires selon la Convention de Paris après septembre 1976

Le droit à la dénonciation de l'article 26 de la Convention de Paris, ayant été acquis selon l'art. 26 (4) de celle-ci, fut exercé par le Président de Justia en septembre 1975 au moyen d'une notification au Directeur général de l'Union, conformément à l'art. 26 (2). Cette dénonciation avait donc plein effet dès le mois de septembre 1976 selon l'art. 26 (3) de cette Convention.

La disposition de la Loi sur la protection de la propriété industrielle de Justia qui réduit la durée du brevet de Pharmaca à 8 ans n'a été appliquée, dans les faits, qu'après septembre 1976. En effet, l'enregistrement du brevet ayant eu lieu en 1968, celui-ci pris fin en 1976, date à laquelle la dénonciation de la Convention avait plein effet.

23. Charte des droits et devoirs économiques des États, supra note 2, art. 2 (1) et (2).

24. Voir infra p. 353.

25. Reuter, "Principes de droit international public", 103 RECUEIL DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 613-19 (1961); 1 G. SCHARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW 602-12 (1945).

De plus, la disposition qui annulait l'enregistrement de la marque de fabrique de Pharmaca n'a jamais été mise en oeuvre à l'égard de Pharmaca avant août 1977, date à laquelle Subpharm ajouta au nom de Calmian la marque Balmian. Cela prouve que la marque originale demeurait enregistrée au nom de Pharmaca après septembre 1976, date à laquelle la Convention de Paris n'était plus en vigueur.

C) Dans l'hypothèse où la Convention de Paris n'aurait pas été dénoncée conformément à la procédure prévue à l'article 26 de cette dernière, Justia n'a pas violé son obligation de l'article 2 (1) de ladite Convention

L'annulation de la marque de fabrique dans le délai de six mois à compter d'octobre 1975, à la suite du défaut d'enregistrement de deux marques de fabrique, n'a jamais été mise à exécution à l'égard de Pharmaca. Cette annulation fut décrétée en vertu de l'art. 6 Quinquies (B) (3) de la Convention de Paris parce que le mode d'utilisation de la marque de fabrique par Pharmaca était contraire à l'ordre public de Justia. La cession de la marque de fabrique à Subpharm a été faite dans le but de supprimer la libre concurrence sur le marché justien, objectif clairement visé par le contrat de licence²⁶ à l'encontre de la Loi sur le transfert de technologie²⁷. Cette loi²⁸ a pour but d'empêcher les pratiques restrictives de commerce sur le territoire de Justia et elle est considérée comme faisant partie de l'ordre public de l'État²⁹. Par conséquent, l'utilisation de cette marque par Subpharm était contraire à l'ordre public justien. L'exploitation subséquente de la marque Calmian par Subpharm nationalisée fut poursuivie dans le seul but de faciliter la reconnaissance par le public de l'identité du produit, la substitution à terme de la marque Balmian à la marque Calmian étant acquise.

La réduction de la durée du brevet de Pharmaca à 8 ans était justifiée puisque l'art. 2 (1) *in fine* de la Convention de Paris permet de refuser le traitement national lorsque les formalités imposées aux

26. Fixation indirecte du prix du produit par Pharmaca (clause 4), achats liés de quatre produits chimiques imposés à Subpharm (clause 5), rétrocession des améliorations apportées à la technologie empêchant le développement par Subpharm d'un produit concurrentiel (clause 1).

27. Ci-après nommée L.T.T.

28. Ebb, "Transfers of Foreign Technology in Latin America: The Birth of Anti-trust Law", 43 FORDHAM L. REV. 721-22 (1974-75).

29. Van Hecke, "Le droit anti-trust: aspects comparatifs et internationaux", 106 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 253 (1962).

nationaux n'ont pas été remplies par un étranger³⁰. L'enregistrement du contrat de licence d'un brevet est une formalité exigée par la Loi sur la propriété industrielle de Justia et par la loi justienne sur les brevets et marques de fabrique³¹. Cette formalité imposée tant aux nationaux qu'aux étrangers n'a pas été observée par Pharmaca. Ainsi celle-ci ne peut donc réclamer le bénéfice du traitement national en vertu de l'art. 2 (1) de la Convention de Paris.

III. L'INVALIDATION DU CONTRAT ENTRE SUBPHARM ET PHARMACA AINSI QUE LA NATIONALISATION DE SUBPHARM FURENT EFFECTUÉES CONFORMÉMENT AU DROIT JUSTIEN ET AU DROIT INTERNATIONAL

A) Le contrat de licence entre Subpharm et Pharmaca était soumis à la Loi sur le transfert de technologie de Justia en raison de la nature de cette loi³² et de sa compatibilité avec le droit international concernant la réglementation des pratiques restrictives de commerce³³

En principe, la juridiction d'un État n'est que territoriale³⁴. Lorsqu'il s'agit de législation relative aux pratiques restrictives ou anti-trust, les États étendent l'application de cette législation à toute entreprise partie à un contrat transnational, si ces activités sont susceptibles d'avoir des effets néfastes sur le marché intérieur ou extérieur de l'État en question³⁵.

30. Loi sur le transfert de la technologie, art. 3 (4).

31. Voir par exemple, cette même formalité imposée par la législation nationale canadienne; cf. Loi sur les brevets, supra note 22.

32. Van Hecke, supra note 29.

33. Rapport sur un code international de conduite pour le Transfert de Technologie, infra note 39.

34. I. BROWNLIE, supra note 14, p. 291.

35. Voir par exemple dans le Traité instituant la Communauté économique européenne, (supra note 17) art. 85 (1); Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission des Communautés européennes (1972) C.J. COMM. E. REC. 619; Section 2, art. 2 Sherman Act 15 U.S.C.A. (1970); United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc. 133 F. Supp. 40 (1955).

Ainsi, la seule condition de soumission de Pharmaca et du contrat de licence au droit de Justia, serait la présence d'effets néfastes sur le commerce justien³⁶. La clause compromissaire du contrat est inapplicable en l'espèce, car le droit anti-trust fait partie de l'ordre public³⁷. Il serait inadmissible que les tribunaux du for puissent reconnaître, par l'application des règles normales du conflit des lois, la validité d'un contrat limitant indûment la concurrence³⁸.

Les pratiques restrictives susceptibles d'avoir des effets néfastes sur le commerce des États, ont été identifiées et condamnées unanimement par les deux groupes les plus importants de l'Assemblée générale des Nations Unies³⁹. Elles sont également interdites aux États-Unis par le Clayton Act⁴⁰, dans la CEE par le Traité instituant la Communauté économique européenne⁴¹, ainsi que par la Loi sur le transfert de technologie de Justia.

Ces pratiques étaient poursuivies en vertu du contrat de licence entre Subpharm et Pharmaca: achats liés des quatre produits chimiques (clause 5), prohibition d'exporter le produit manufacturé (clause 6), fixation indirecte du prix du produit par Pharmaca (clause 4), rétrocession obligatoire et non réciproque des améliorations à Pharmaca (clause 1), paiement de redevances par Subpharm après l'expiration du brevet (clause 8), non-contestation de la validité du brevet par le concessionnaire (clause 2) et exigence que le personnel supérieur employé à la préparation du produit Calmian soit patrien (clause 3). Toutes ces clauses sont prohibées par la Loi sur le transfert de technologie⁴².

36. 2 D.P. O'CONNELL, INTERNATIONAL LAW (1970) 821-22.

37. Van Hecke, supra note 29, p. 326.

38. Van Hecke, idem p. 326.

39. Rapport sur un *Code International de Conduite pour le Transfert de Technologie*, CNUCED, Genève 16 octobre 1978; U.N. Doc. TD/CODE TOT/1/Add. 1, TD/AC. 1/18/Add. 1, (1978); Voir Annexe I — Groupe "77" Chap. IV art. 4.2 (2), (4), (22), (12), (38), (20), (18); Annexe II — Groupe "B" Chap. V, art. 5.1 (i), (vi), (xii), (xi), (iv), (x), (ix).

40. Clayton Act 15 U.S.C.A. sec. 2, 3 et 7.

41. Traité instituant la Communauté économique européenne, supra note 17, arts 85 et 86.

42. Arts 6 (10), 6 (6), 6 (1), 6 (2), 6 (13) et 6 (5) de la Loi sur le transfert de technologie de Justia.

B) Patria n'ayant pas les mains propres et Subpharm n'ayant pas épuisé les recours internes de Justia, aucune demande de réparation fondée sur l'invalidation du contrat de licence n'est recevable devant la Cour internationale de justice

Une demande d'indemnisation n'est recevable sur le plan international que si la corporation étrangère lésée a épuisé tous les recours légaux disponibles dans l'ordre juridique de l'État, auteur du préjudice allégué⁴³. Subpharm disposait d'une voie d'appel efficace à la Cour Suprême de Justia à la suite du rejet de l'appel par le Ministre de l'Industrie de Justia. À cet égard, la Loi sur le transfert de technologie s'appliquait tant aux nationaux qu'aux étrangers. Ainsi Pharmaca a bénéficié du traitement national aux fins de la Convention d'établissement et de la Convention de Paris. Toute privation de la jouissance d'un droit de propriété de Pharmaca qui serait incidente à l'opération normale d'une mesure réglementaire de Justia n'est pas illégale et ne constitue pas une expropriation en droit international⁴⁴.

Par ailleurs, Patria ne saurait demander réparation à la Cour au nom de Pharmaca en raison de l'invalidation du contrat. En effet, celui qui demande justice doit avoir eu une conduite irréprochable⁴⁵. Patria en tant que pays industrialisé, possède sûrement une loi anti-trust qu'elle devait appliquer à ce contrat en vertu de l'article XI de la Convention d'établissement.

Ce devoir était d'autant plus impératif que ce contrat, bien qu'ayant des effets néfastes sur le commerce justien, était également susceptible d'affecter le marché intérieur de Patria par le biais de la clause 6 qui prohibait l'exportation du produit par Subpharm. Cette interdiction a eu pour effet de restreindre la libre concurrence également sur ce marché, privant ainsi les consommateurs patriens du bénéfice de la concurrence du produit importé de Justia. Ce produit aurait été vraisemblablement moins coûteux que le Calmian patrien en raison du prix de revient plus bas du produit de Subpharm, la main-d'oeuvre locale justienne étant moins dispendieuse.

43. I. BROWNLIE, supra note 14, p. 482-83.

44. 8 M. WHITEMAN, DIGEST OF INTERNATIONAL LAW 980-81 (1967); I. BROWNLIE, supra note 14, p. 518.

45. Salmon, "Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales" 10 A.F.D.I. 226 (1964); Seidl-Hohenveldern, "Chilean Copper Nationalization Case before German Courts" 69 Am. J. INT'L L. 110 (1975).

C) La nationalisation de Subpharm par Justia fut effectuée conformément au droit international et constituait de ce fait une expropriation licite

Le droit de nationaliser existe en droit international sous quatre conditions⁴⁶. D'abord la propriété doit se trouver sur le territoire de l'État expropriant et l'usine Subpharm se trouvait effectivement sur le territoire justien au moment de l'expropriation. La nationalisation doit être faite dans l'intérêt public⁴⁷; déterminer ce qui est dans l'intérêt public revient à l'État qui nationalise⁴⁸. La nationalisation de Subpharm était inscrite dans le programme de réforme économique de Justia en raison du caractère particulier de son produit.

Les pharmaceutiques ayant trait à la santé du public, Justia était en droit d'estimer qu'il était dans l'intérêt public de l'État de nationaliser Subpharm.

La nationalisation de Subpharm n'était pas non plus discriminatoire, car la Loi sur la protection et la réglementation des investissements étrangers de Justia contenait une offre d'achat d'actions par le Gouvernement justien qui était prêt à acheter les actions de Subpharm à leur juste valeur marchande.

L'absence totale de réponse de Pharmaca ou de Subpharm à l'égard de cette offre, en pleine connaissance des conséquences de la loi, laisse présumer l'acquiescement à la nationalisation. Cette dernière ne saurait, dès lors, constituer le fondement valide d'une réclamation internationale. Patria ne peut donc pas alléguer que cette nationalisation a été discriminatoire, puisqu'il ne s'agissait plus que d'un simple transfert de propriété auquel Subpharm et Pharmaca ont acquiescé par leur comportement.

La nationalisation, pour être licite, doit être accompagnée d'une offre de compensation. Justia a effectivement accordé à Pharmaca un million de dollars en raison de l'expropriation de son brevet, de sa marque de fabrique et de son savoir-faire qui faisaient partie du fonds de commerce de l'usine Subpharm.

Dans l'hypothèse où Subpharm est une société justienne au sens de l'article XIV (5) de la Convention d'établissement, l'expropriation

46. 2 D.P. O'CONNELL, *supra* note 26, p. 776-77.

47. C. AMERASINGHE, STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS 135-36 (1967).

48. A. FAVRE, PRINCIPES DU DROIT DES GENS 520 (1974); A. AMERASINGHE, *idem* p. 137.

sans compensation ne saurait être soulevée devant cette Cour par Patria, Subpharm ne comptant pas parmi ses ressortissants. Par ailleurs, si Subpharm est une société patrienne, le préjudice causé par l'absence de compensation de l'usine et de l'achalandage ne peut faire l'objet de protection diplomatique devant la Cour par Patria au nom de Pharmaca, cette dernière société n'étant qu'actionnaire de Subpharm. Dans ce cas, Patria aurait dû présenter sa réclamation pour le compte de Subpharm, la société contre laquelle était dirigée la nationalisation et non pour le bénéfice de l'actionnaire Pharmaca dont les intérêts ont été touchés⁴⁹. La capacité de Patria d'agir devant cette Cour n'ayant pas été démontrée, la Cour ne peut donc se prononcer sur la légalité de la compensation. Le Gouvernement de Patria n'a aucun droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de son ressortissant Pharmaca, actionnaire de Subpharm, tant que cette dernière société n'a pas cessé d'exister en droit.

Subpharm bénéficiait d'un délai allant jusqu'en janvier 1977 pour se conformer à la Loi sur la protection et la réglementation des investissements étrangers de Justia. La nationalisation a eu lieu plus de 3 mois après septembre 1976, il n'y eut donc aucun défaut de procédure dans l'application de la loi. S'il s'avérait que Subpharm n'avait pas bénéficié du délai que lui accordait la Loi, ce défaut de procédure dans l'application de celle-ci ne suffirait pas à rendre la nationalisation illicite, l'irrégularité de la procédure n'entraînant que des dommages pécuniaires pour le préjudice subi⁵⁰. De surcroît, la déclaration du président de Pharmaca que la compagnie ne changerait pas sa politique de détenir au moins 80% des actions de ses filiales, permettait au Gouvernement de Justia de prendre pour acquis que Subpharm ne se conformerait pas à la loi dans le délai requis.

49. Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique c. Espagne) (1970) C.I.J. 41 où la Cour a affirmé que "seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement".

50. G. FOUILLOUX, LA NATIONALISATION ET LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 148 (1962).

IV. LA COMPENSATION ACCORDÉE À SUBPHARM PAR LE GOUVERNEMENT JUSTIEN CORRESPOND AUX NORMES INTERNATIONALES

A) Patria n'est pas admis à représenter les intérêts des actionnaires patriens suite à la nationalisation de Subpharm

À la suite de l'affaire de la Barcelona Traction, il est acquis qu'un État ne peut représenter les intérêts des actionnaires de la société qui a fait l'objet de mesures préjudiciables dans un autre État⁵¹. Le Gouvernement de Justia a indemnisé Pharmaca de la perte de son brevet, de sa marque de fabrique et de son savoir-faire; la perte de l'usine n'appellant pas compensation car Subpharm, propriétaire de celle-ci, était ressortissant justien.

Dans l'alternative où Subpharm est une compagnie patrienne, Patria ne peut pas demander réparation pour l'absence de compensation de l'usine puisque les présentes réclamations par Patria se font au nom et pour le compte de Pharmaca.

B) La compensation versée est conforme aux dispositions de la Convention d'établissement et à la coutume internationale

L'art. IV de la Convention d'établissement oblige le Gouvernement de Justia à verser, à titre d'indemnité, une somme équivalente à la valeur des biens expropriés. Le critère employé par le Gouvernement de Justia en vue de la détermination de la valeur des droits de propriété industrielle de Pharmaca fut celui de la juste valeur marchande de ces droits, compte tenu du mode d'exploitation commerciale. Par la suite, Justia s'est vue dans l'obligation de réduire le montant initial, considérant la contribution des facteurs locaux et des avantages conférés à Pharmaca par le contrat de licence. En effet, pendant plus de vingt-et-un ans Pharmaca s'est livrée à des pratiques restrictives de commerce en exploitant ses droits de propriété industrielle⁵².

51. Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company, supra note 49, p. 36: "La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent".

52. Voir infra partie III-A p. 13.

Ces pratiques restrictives, telles que la fermeture des marchés (clause 6 du contrat), la détermination de prix déraisonnable dans le contrat (clause 4), l'obligation d'acheter d'un seul fournisseur les produits nécessaires à la fabrication (clause 5), constitue des abus de la position dominante⁵³ et elles ont eu pour résultat de procurer à Pharmaca des profits exorbitants. Ces profits excessifs, acquis à la suite de ce néo-colonialisme économique, peuvent légitimement être retranchés de l'indemnité⁵⁴. Il ne s'agit point d'une mesure fiscale, mais bien d'un moyen de rétablir l'équilibre économique de l'État lésé.

Il est évident que les redevances de 14% exigées en vertu du contrat sont excessives eu égard à la pratique commerciale usuelle qui veut que les redevances se situent entre 3% et 10%⁵⁵.

Justia estime donc que la soustraction d'un montant de 2 millions de dollars pour profits excessifs se justifie.

En ce qui concerne la période de cinq ans sur laquelle le montant sera payé, le Gouvernement de Justia estime que cette période de temps est raisonnable et conforme à la pratique courante de procéder à des paiements échelonnés sur plusieurs années⁵⁶.

Cette pratique a gagné l'appui des membres de la Commission de droit international qui acceptent le mode de remboursement ajusté aux possibilités du débiteur et versé dans un délai raisonnable⁵⁷.

Lauterpacht est d'avis que l'obligation d'une compensation intégrale pourrait en fait rendre nulle la réforme économique projetée et limiter ainsi indûment l'indépendance reconnue à l'État par le droit international⁵⁸.

53. United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission of the European Communities, 17 I.L.M. 357-61 (1978).

54. W. FRIEDMANN, THE CHANGING STRUCTURE OF INTERNATIONAL LAW 208-09, 372 (1964).

55. E. LANGEN, TRANSNATIONAL COMMERCIAL LAW 54 (1973).

56. Lapres, "Principles of compensation for nationalized property", 26 INT'L AND COMP. L.Q. 99 (1977).

57. Bindschedler, "La protection de la propriété privée en droit international public" 90 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 248 (1956).

58. Bindschedler, idem p. 249.

La capacité de paiement de l'État nationalisant devrait constituer la mesure qui détermine les modalités de paiement⁵⁹. Le montant de la compensation doit se maintenir dans des limites raisonnables, c'est-à-dire être établi en tenant compte des possibilités économiques et financières de Justia.

Les facteurs locaux suivants contribuèrent à la valeur des droits de propriété faisant partie du fond de commerce de Subpharm: main-d'oeuvre locale, assistance de l'État au développement de l'usine et mise à la disposition du marché local, ayant un réseau de fournisseurs et dépourvu de concurrence.

Le taux d'intérêt sur une somme exigible doit être celui qui prévaut au temps et au lieu de l'expropriation par rapport au montant dû et au laps de temps accordé pour le paiement⁶⁰.

En ce qui concerne la monnaie de paiement, Pharmaca a seulement le droit d'être indemnisée dans la monnaie du pays qui a procédé à l'expropriation, la seule qui a cours légal. Du reste, la réclamation ne pouvait viser que la restauration de la situation existant avant la nationalisation. Ainsi, Pharmaca ne peut recevoir compensation qu'en monnaie justienne⁶¹.

V. LES DISPOSITIONS DE LA LOI JUSTIENNE DÉCRÉTANT QUE LES CONFLITS SURVENANT DANS LE CADRE DE LA LOI SUR LE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE DOIVENT ÊTRE RÉGLÉS SELON LA LOI JUSTIENNE, SONT CONFORMES AU DROIT INTERNATIONAL

A) Le contrat entre Subpharm et Pharmaca est frappé de nullité; la clause d'arbitrage est donc caduque

Le contrat conclu entre les parties n'est qu'un contrat en apparence. Il ne s'agit en réalité que d'une somme de directives adressées

59. 1 P. GUGGENHEIM, TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 334 (1954); Domke, "Indonesian nationalization measures before foreign courts" 54 AM.J. INT'L L. 317 (1960).

60. G. WHITE, NATIONALIZATION OF FOREIGN PROPERTY 240 (1961); C. AMERASINGHE, supra note 47, p. 155.

61. G. WHITE, idem p. 240.

à une compagnie entièrement dépendante de la compagnie-mère qui reflètent une inégalité marquée des prestations. Par sa nature même, ce genre d'entente n'est pas arbitral, le contrat étant entaché de nullité.

L'égalité des parties de l'arbitrage signifie qu'aucune d'elles ne se trouve dans un état tel qu'elle est amenée à contracter sous contrainte. Dès qu'il apparaît, lors de la formation du contrat ou dans la rédaction de la clause compromissoire, une prédominance marquée qui fausse l'équilibre des positions, l'arbitrage ne remplit plus sa mission, puisqu'il est privé de l'élément d'équilibre indispensable à son fonctionnement⁶². L'examen des clauses du contrat entre Subpharm et Pharmaca révèle une telle inégalité de prestations qu'il ne peut s'agir d'un acte contractuel.

L'appartenance à un domaine commercial impose souvent à une filiale l'acceptation d'une clause arbitrale dont le contenu lui est dicté. La réelle liberté d'appréciation et de décision de cette partie se trouve alors diminuée, notamment lorsque les conditions de ce contrat sont fixées par la partie en position dominante⁶³.

B) La partie expropriée n'ayant pas respecté les exigences de la loi nationale, la loi de Justia doit alors prévaloir sur la clause compromissoire

En transgressant la loi anti-trust de Justia, Pharmaca a commis une infraction. L'État lésé peut donc exercer sa juridiction. Une réclamation basée sur une loi anti-trust cesse d'être une question de droit privé. La loi anti-trust est conçue dans le but de promouvoir l'intérêt national dans une économie compétitive⁶⁴.

Il est des différends dont les États peuvent réserver le règlement aux organes judiciaires nationaux. L'arbitrage ne peut alors intervenir pour résoudre de tels litiges. Vouloir en dépit de tout les lui déférer serait encourir un échec certain⁶⁵.

Quand une loi d'intérêt public est méconnue, l'État doit sanctionner cet acte, abstraction faite des éléments internationaux présents au sein du contrat. De façon générale, tout ce qui concerne

62. Carabier, "L'évolution de l'arbitrage commercial international" 99 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 160-170 (1960).

63. Henderson, "Arbitration and Transfer of patents" 29 CAN. P. REP. 223 (1977).

64. H.J. STEINER, D.F. VAGTS, TRANSNATIONAL LEGAL PROBLEMS 503 (1976).

65. L. DELBEZ, PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL 55 (1962).

l'application des lois anti-trust n'est pas arbitrale⁶⁶. Puisque l'entreprise, dont la liberté d'action est restreinte par une telle loi, est établie à Justia, elle doit se soumettre à l'application de cette législation nationale⁶⁷.

C) Justia, en refusant de reconnaître la sentence arbitrale, ne viole aucunement ses engagements internationaux

L'État justien s'est engagé par la Convention d'établissement⁶⁸ à ne pas refuser l'exécution d'une sentence arbitrale pour le seul motif que celle-ci a été rendue en territoire patrien ou par des arbitres patriens. Justia peut donc refuser de reconnaître la sentence pour tout autre motif, sans manquer à ses obligations internationales.

L'exclusion des lois étrangères et des tribunaux étrangers par l'art. 6 (2) de la Loi sur le transfert de technologie est fondée sur le motif que les lois anti-trust sont d'ordre public et s'appliquent toujours nonobstant toute clause d'arbitrage⁶⁹.

Selon la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁷⁰ un État peut légitimement refuser l'exécution d'une sentence si celle-ci contrevient à son ordre public ou si le litige n'est pas susceptible d'arbitrage selon la loi nationale.

Chaque fois qu'une restructuration de l'ordre économique d'un État est mise en oeuvre, l'ordre public est touché. La loi nationale crée ainsi un domaine réservé et régi exclusivement par le droit interne. Les ententes industrielles ou commerciales qui ont un impact sur la politique économique d'un tel État sont nécessairement réglées par le droit national⁷¹.

Un arbitre commercial qui anticipe une procédure d'*exequatur* à l'étranger ne saurait méconnaître les dispositions impératives contenues dans le droit interne concerné. Les arbitres ne peuvent statuer dès le moment où une règle d'ordre public, une interdiction

66. Henderson, supra note 64, p. 221.

67. Van Hecke, supra note 29, p. 266.

68. Convention d'établissement, supra note 10, art. IV (3).

69. Banque Nationale pour le Commerce et de l'Industrie Afrique v. Narbonne (2 décembre 1965), Cour d'appel d'Aix-en-Provence, reproduit dans 47 INT'L L. REP. 120 (1974).

70. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 10 juin 1958 21 U.S.T. 2517; TIAS 6997, ci-après nommée Convention de New York, art. V.

71. P. FOUCHARD, L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, 350-355 (1965).

antérieure ou postérieure au contrat, vient perturber l'exécution du contrat.

Ce qui est défendu par mesures d'ordre public⁷², comme les pratiques restrictives de commerce, l'est en vue de la protection des intérêts nationaux. L'ordre public permet alors à l'État d'intervenir dans le fonctionnement d'un marché concerté⁷³.

Patria, pays développé, possède certainement une loi anti-trust. Si la *lex contractus* est subordonnée aux interdictions semblables à celles de la loi du marché sur lequel le contrat litigieux exerce ses effets restrictifs, l'existence même de ces interdictions a pour effet d'obliger l'arbitre à apprécier le contrat à leur lumière. Il devrait donc prononcer la nullité du contrat pour atteinte à l'ordre public⁷⁴.

Puisque la sentence arbitrale a été prononcée sans tenir compte de l'ordre public justien, le juge national doit refuser de la reconnaître.

La Cour est priée,

1° de reconnaître que Justia a respecté la Convention de Paris et la Convention d'établissement dans la mesure où celles-ci trouvaient application,

2° de déclarer illicites, au regard du droit justien et du droit international les pratiques restrictives de commerce contenues dans le contrat de licence entre Subpharm et Pharmaca,

3° de rejeter la réclamation de Patria pour le compte de Pharmaca en ce qui a trait à la nationalisation de l'usine Subpharm,

4° de reconnaître comme juste et équitable la compensation versée à Pharmaca à cause de la perte de ses droits de propriété industrielle et tenir compte des pratiques restrictives de commerce qu'elle employa dans l'exploitation de ces droits,

5° de déclarer nulle et non avenue la sentence arbitrale rendue à Patria et de reconnaître le droit de Justia d'en refuser l'exécution,

6° de décréter que la Charte des droits et devoirs économiques des États trouve application comme source de droit dans le présent litige.

72. G. FOUCHARD, *idem* 545: "Les juges étatiques ont à intervenir pour suppléer à une organisation encore insuffisante de cette société extra-étatique (arbitrage), notamment en matière de droit applicable à l'arbitrage ou au fond du litige (...) surtout pour faire respecter leurs objectifs et les principes qu'ils considèrent comme fondamentaux".

73. J. GUYENOT, *DROIT ANTI-TRUST EUROPEEN* 30-35 (1975).

74. Van Hecke, *supra* note 29, p. 281.

PROCÈS SIMULÉ EN DROIT INTERNATIONAL: LEÇONS D'UNE COURTE EXPÉRIENCE

*par Stanislas SLOSAR**

SOMMAIRE

1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES	370
2. ORGANISATION DU TRAVAIL DES ÉTUDIANTS	371
3. RÉDACTION DES MÉMOIRES	372
4. SÉLECTION D'UNE ÉQUIPE	375
5. PRÉPARATION ET EXÉCUTION DES PLAIDOIRIES	377

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Remarques préliminaires

Les procès simulés mis en scène à partir de dossiers clos touchant, par exemple, au droit pénal ou civil ne sont pas une nouveauté dans les facultés de droit francophones. Il n'en va pas de même des procès simulés que l'on prépare à partir d'un simple énoncé de faits et qui se déroulent sous forme de concours inter-facultés. En effet, la participation des francophones à ces procès a toujours été faible surtout s'il s'agissait de manifestations qui réunissaient l'ensemble des facultés de droit du Canada. Si les problèmes linguistiques constituaient un obstacle sérieux dans le passé, les absences constatées ces dernières années ne peuvent s'expliquer que par le manque d'intérêt ou de savoir-faire nécessaires à la préparation d'un tel procès. Cette situation est regrettable, car ce type de procès simulé comporte des atouts pédagogiques qui ne peuvent pas être facilement exploités dans le cadre des méthodes traditionnelles d'enseignement du droit. Par ailleurs, la connaissance du droit international n'est que l'une des conditions nécessaires à une participation réussie, si bien que cette manifestation n'est pas destinée exclusivement aux étudiants qui veulent se spécialiser dans ce domaine.

*Ph. C. Jessup*¹ *International Law Moot Court Competition* constitue un excellent exemple de procès-concours qui, depuis vingt ans, réunit les étudiants et les internationalistes du monde entier. Organisé par *Association of Student International Law Societies*² avec le concours d'un spécialiste qui rédige chaque année un nouveau cas à débattre, ce procès simulé a attiré en 1979 les représentants de deux cents facultés de droit de trente-deux pays, dont onze facultés canadiennes. Chaque année, des éliminatoires nationales ou régionales sélectionnent les meilleures équipes qui s'affrontent en avril à Washington, D.C., devant des bancs composés d'experts en la matière sur laquelle porte le problème de l'année. Le professeur Craig Brown,³ qui a déjà joué le rôle de tuteur de l'équipe d'étudiants de sa Faculté et celui d'organisateur des éliminatoires canadiennes, a récemment fait état de ses réflexions sur la valeur pédagogique de ce procès simulé⁴. Étant donné que le

1. Éminent spécialiste américain de droit international, ancien juge à la Cour internationale de justice, à qui revient le mérite d'avoir pris l'initiative de cette manifestation.

2. ASILS, 2223 Massachusetts Av. N.W., Washington D.C. 20008; tel. (202) 265-4313.

3. Faculty of Law, University of Western Ontario, London, Ont.

4. *The Jessup Mooting Competition as a Vehicle for Teaching Public International Law*, (1978) 16 *A.C.D.I.* pp. 332-341. Il s'agit d'une communication présentée à la

soussigné a eu également l'occasion d'accomplir cette double mission, il lui paraissait opportun de faire partager l'expérience acquise dans le cadre d'une faculté francophone. Il va de soi qu'il ne s'agit point d'une recette, mais d'un mode de procéder qui pourrait être testé et ajusté aux circonstances locales.

2. Organisation du travail des étudiants

Le premier des traits propres du procès simulé en droit international est son actualité. Le problème à débattre est en effet rédigé chaque année par une personne différente, mais toujours dans l'optique des questions d'actualité et très souvent dans les domaines où le droit international est en train de se créer ou de subir une refonte. Si la présentation des faits change, la préparation du procès requiert invariablement une recherche dans le droit traditionnel et dans le "droit nouveau" aussi bien que dans la littérature qui aborde le problème sous d'autres angles que l'angle juridique (p. ex.: aspects économiques des investissements étrangers, aspects techniques de l'usage de l'espace extra-atmosphérique, etc.). Il en résulte une certaine sensibilisation aux réalités internationales et à leur impact possible sur le Canada, impact qui a tellement de mal à être perçu par la grande majorité des étudiants de droit de ce pays.

S'il est préférable que les étudiants qui prennent part à ce procès aient une préparation préalable sous forme d'un cours de base en droit international, l'expérience de plusieurs facultés où ce cours n'est pas obligatoire prouve qu'il ne s'agit point d'une condition impérative. La période de préparation des mémoires est, semble-t-il, suffisamment longue pour inclure l'apprentissage accéléré des notions requises de droit international⁵.

Le procès se déroule, du début jusqu'à la fin, dans des conditions d'égalité de chances. Le problème est le même pour tous à tous les stades du procès. Il est vrai qu'il est toujours rédigé en anglais mais la préparation exige de toute façon la consultation de nombreux écrits dans cette langue⁶, si bien que cet inconvénient est mineur. Les mémoires et les plaidoiries sont présentées dans l'une des langues officielles du Canada, au choix des participants, et sans

section de droit international public de l'Association canadienne des professeurs de droit en mai 1978.

5. Idem p. 335 et s.

6. La traduction du texte du problème en français représenterait des risques prononcés de déformation des nuances sciemment introduites par l'auteur du cas.

dévoiler l'origine des auteurs dont les noms seuls sont communiqués⁷. L'usage du système de traduction simultanée lors des audiences ne désavantage personne; l'expérience passée fait croire plutôt que les juges qui entendent les participants dans leur propre langue tendent à être statistiquement plus sévères à l'égard de ces derniers.

Le recrutement des participants est volontaire et obéit aux règles qui s'appliquent au choix des cours à option. Cela implique l'envoi d'informations sur le procès bien à l'avance et l'octroi de crédits d'enseignement équivalents. Cette dernière condition est nécessaire si l'on souhaite un effort sérieux et un contrôle approprié du travail effectué; elle est également équitable si l'on songe à l'ampleur des efforts déployés au minimum de la mi-septembre à la mi-janvier.

La préparation du procès simulé se déroule en deux phases bien distinctes et successives: rédaction des mémoires écrits et mise au point des plaidoiries, dans les deux cas tant pour le compte de la partie demanderesse que défenderesse.

3. Rédaction des mémoires

La rédaction des mémoires, chacun de vingt-cinq pages environ, est susceptible de combler une lacune apparente du système d'enseignement qui ne pousse pas les étudiants à présenter par écrit un ensemble d'arguments relatifs aux prétentions d'une partie à un litige. Les mémoires doivent satisfaire à des conditions de forme très rigoureuses ayant trait au format des pages, au libellé des notes de références⁸, etc.; ils doivent impérativement être soumis dans le délai prescrit, dont le dépassement entraîne l'imposition de pénalités qui peuvent hypothéquer le résultat final.

La ressemblance des mémoires aux dossiers judiciaires ne s'arrête pas aux questions de forme. La présentation du fond des arguments doit être ajustée à l'objectif à atteindre, c'est-à-dire l'acceptation par les juges des idées avancées. L'examen des

7. L'ensemble des règles applicables au procès simulé est contenu dans "Official Rules for the International Division..." annexé au problème. Étant donné la façon dont elles sont rédigées, leur compréhension relève déjà d'un exercice d'exégèse. Pour faciliter la tâche des participants, l'administrateur des éliminatoires canadiennes prépare habituellement une compilation en deux langues.

8. Les notes de référence doivent, en principe, être rédigées selon "A Uniform system of citation", 12th ed., The Harvard Law Review Association 1976. Cela n'est pas toujours possible parce que les auteurs de ce manuel font preuve d'une rare ignorance en ce qui concerne les sources canadiennes (cf. 145-148).

mémoires rédigés par les équipes des facultés de common law et celles de droit civil révèle que les premières regroupent les arguments selon l'énoncé du problème⁹ et vont droit au but en annonçant la substance de leurs idées dans de longs titres soulignés au début de chaque paragraphe. Le souci d'un plan cartésien et celui du caractère exhaustif des arguments en est souvent absent, ce qui caractérise précisément les mémoires en français qui prennent alors l'allure d'essais académiques. La première méthode capte facilement l'attention des juges et s'attarde sur l'indispensable, tandis que la seconde nécessite souvent un effort de compréhension lors de la lecture, disperse les arguments et suggère aux juges des doutes et des questions auxquelles il est parfois difficile de répondre. Bref, la rédaction des mémoires constitue non seulement l'apprentissage de l'examen approfondi d'un dossier mais aussi celui du choix des moyens appropriés afin de faire triompher les idées que l'on a épousées. La dualité de nature de cet exercice ne saurait être perdue de vue par les étudiants, notamment en raison de l'obligation de trouver et soutenir les arguments qui étayaient respectivement les prises de positions des demandeurs et des défendeurs.

La rédaction des mémoires ne peut avoir lieu sans assistance d'un professeur versé dans la matière, même si les règlements restreignent notablement son rôle: "*Outside assistance rendered to a team in the preparation of its case, including that from a faculty members, shall be limited to general discussion of issues, suggestions as to research sources, and decision making in intramural eliminations*"¹⁰. Sa mission n'en est pas moins essentielle, surtout au moment où le travail démarre¹¹. Le professeur doit, avant tout, renseigner les étudiants sur les détails d'organisation de leur travail, y compris les échéances, et distribuer la documentation expédiée par l'administrateur régional.

Il est utile d'organiser à cet effet une réunion d'information à laquelle tous les étudiants admissibles sont conviés. Elle doit servir à exposer sans détour tous les avantages et tous les risques propres à la participation à ce procès, de même qu'à l'explication des modalités purement académiques de ce travail (crédits, système de

9. Celui-ci comporte habituellement à la fin une liste de questions que les parties soumettent au verdict du tribunal.

10. "*Official Rules for the International Division...*" p. 7.

11. Il est très important que le professeur responsable soit désigné par le doyen bien avant le début de l'année scolaire; cela facilite les contacts avec l'administrateur régional et avec les étudiants. Cette remarque ne concerne pas les facultés où il existe un programme "polyvalent" de procès simulés.

notation, etc.). De cette façon, seuls les étudiants fermement décidés en pleine connaissance de cause auront à s'inscrire formellement comme participants au procès simulé. Le soussigné utilise le système d'inscription par paires volontairement composées qui correspond au régime des plaidoiries (cf. *infra*); chaque paire d'étudiants s'engage à préparer deux mémoires et deux plaidoiries.

Il est également opportun de prévoir une deuxième réunion à l'intention des seuls inscrits peu après la première. Dans l'intervalle, les étudiants doivent prendre connaissance du problème et consulter les manuels courants afin d'acquérir — ou remémorer — la connaissance des généralités qu'appelle la nature du problème. Pendant ce même laps de temps, le professeur responsable rendrait un précieux service aux étudiants s'il sélectionnait dans la bibliothèque de la faculté les titres dont ils auront absolument besoin lors de la préparation et s'il les mettait en circulation contrôlée par le bibliothécaire, rendant ainsi impossible la monopolisation des livres par les uns au détriment des autres. C'est également le moment de faire venir à la bibliothèque les titres et documents qui manquent et, si possible, de réserver aux participants des locaux où ils pourront travailler en paix et laisser leurs notes et manuscrits sans craindre leur soudaine disparition.

Ces préparatifs accomplis, la deuxième réunion a pour but d'amorcer le travail des étudiants. Elle devrait être consacrée successivement à l'examen des données du problème, qui doivent être isolées et bien comprises par tous, et aux renvois indicatifs aux éléments bibliographiques correspondants (accords internationaux et doctrine) qui sont toujours annexés au problème. S'il y a lieu, cette réunion offre une dernière occasion de rappeler aux étudiants les rudiments de la technique des recherches et de leur expliquer l'approche particulière à cette forme d'activités pédagogiques. Il est, entre autres, nécessaire d'attirer leur attention sur le fait que les données du problème sont habituellement conçues de manière à fournir des arguments tant aux demandeurs qu'aux défendeurs. De cette façon, on arrive à faire accepter l'idée que chaque participant doit connaître l'ensemble des arguments pour et contre et que seuls les détails et la rédaction finale peuvent faire l'objet d'un partage de travail entre les membres d'une paire. Une "spécialisation précoce" mène inévitablement à des lacunes dans les arguments et à des situations malaisées lors des interrogatoires par le banc des juges.

La suite de la préparation se déroule, conformément aux règlements, sans intervention du professeur, du moins en ce qui concerne les questions de fond. Cependant, pour ne pas laisser les étudiants sans secours et pour pallier à une éventuelle indisponibili-

té du professeur, la présence sur les lieux d'un ou de deux moniteurs est habituellement appréciée. Les moniteurs sont des étudiants plus avancés (maîtrise, école professionnelle) qui ont obligatoirement derrière eux l'expérience du procès simulé en droit international. Ils n'entreprennent toutefois aucune préparation particulière quant au problème à débattre de l'année en cours; dans le cas contraire, le règlement serait méconnu. Par leurs contacts individuels avec les participants, les moniteurs jouent le rôle de conseillers facilement accessibles, qu'il s'agisse de technique de travail, d'erreurs manifestes dans la présentation des arguments, ou de difficultés de relations personnelles qui peuvent surgir entre les membres d'une paire, etc. Ils constituent aussi un écran entre les étudiants et celui qui juge leur travail, ce qui n'empêche pas la consultation du professeur par les moniteurs mais supprime l'une des appréhensions si répandues chez ceux qui sont obsédés par les notes et par chaque geste susceptible de contribuer à leur baisse, même imaginaire! La désignation de moniteurs s'avère également très utile quand les étudiants sont à la recherche d'un "banc" devant lequel prononcer les plaidoiries d'essai.

4. Sélection d'une équipe

Cette phase de travail s'achève, si possible vers le 15 janvier, par la remise des mémoires (deux par paire), de préférence sous forme dactylographiée et en tout point conforme aux exigences du règlement. Le professeur procède alors à la lecture et à la notation des mémoires et, immédiatement après, à l'audition des plaidoiries de toutes les paires. Celle-ci devrait se dérouler dans des conditions si proches que possible de celles du "vrai" procès simulé: chaque paire plaide deux fois (demande et défense); si le nombre de participants le permet ils plaident chaque fois contre des adversaires différents et tirés au sort; le temps est rigoureusement minuté, conformément au règlement, avec l'aide d'un moniteur.

Le dépôt des deux mémoires et la présentation sous forme de deux plaidoiries ont une double signification. Du point de vue des étudiants, ils font état de la satisfaction aux exigences académiques dont dépend l'attribution des crédits assignés à la participation au procès simulé en droit international, sous réserve, bien entendu, du niveau des notes. Du point de vue du professeur responsable, ils permettent de décider si le niveau des participants justifie l'envoi de l'équipe représentant sa faculté et, surtout, de sélectionner cette

équipe qui ne peut compter que de deux à cinq personnes¹². Toutes les activités postérieures à la sélection sont déployées en vertu de l'engagement volontaire des étudiants choisis, dont certains peuvent ne pas vouloir ou pouvoir se déplacer, ne pas être en mesure de fournir un effort supplémentaire en vue de mettre au point les plaidoiries, etc. La sélection doit donc être immédiatement ajustée en fonction de la disponibilité des participants.

Les critères de sélection devraient donner une préférence, à connaissance égale du dossier, aux meilleurs orateurs que le système de notation du procès simulé avantage, indûment selon certains. La culture générale, la nervosité, l'aisance d'élocution et le sens de répartie ne sont pas, non plus, à négliger. Dans la mesure du possible, il vaut mieux sélectionner plus de deux participants, car le fardeau de quatre plaidoiries en deux jours peut s'avérer excessif dans certains cas. À ce stade, il n'est plus inopportun de choisir deux paires et de leur confier, respectivement, la charge de la demande et de la défense, s'il est apparent que ces rôles conviennent mieux aux convictions des étudiants. Par ailleurs, un piètre orateur qui a un don particulier pour la recherche ou pour la conceptualisation peut être intégré à l'équipe, servir de conseiller et être présent lors des instances mais sans plaider¹³.

L'équipe sélectionnée, si l'on se fie à plusieurs récits concordants, hérite alors de l'acquis de tous les concurrents éliminés. Les mémoires de ces derniers sont utilisés en vue de l'amélioration de ceux qui représenteront la faculté, à condition bien entendu qu'il y ait lieu et que les intéressés le veuillent bien. Cette pratique ne semble pas tout à fait conforme au règlement du procès¹⁴, mais on se demande, d'un côté, comment on pourrait l'empêcher et, de l'autre côté, s'il ne faut pas considérer que l'ampleur du phénomène témoigne de la modification de la règle écrite par la coutume. La dactylographie et la reproduction de la version définitive des mémoires devraient être confiées aux secrétaires de la faculté — aux frais de l'institution — en raison des exigences relatives à la qualité de la présentation et du délai rapproché d'expédition.

12. "Official Rules..." p. 1.

13. Chaque équipe peut être représentée à l'instance par trois de ces membres, dont deux seulement peuvent et doivent plaider. Cf. "Official rules..." p. 1.

14. "A team shall be composed of... students, who alone researched and written the memorials"; cf. "Official Rules..." p. 1.

5. Préparation et exécution des plaidoiries

La mise au point des plaidoiries a lieu lors du mois qui précède la date de la phase canadienne. À plusieurs égards, ce stade est déterminant en ce qui concerne le résultat final, même s'il est rare que l'on y découvre de nouveaux arguments de fond. La plaidoirie est, en effet, soumise à des contraintes particulières, à savoir: temps limité, questions des juges, arguments de l'équipe adverse. Tous les trois militent en faveur d'un choix judicieux des propos qui seront tenus lors de l'instance. Par ailleurs, même si le banc a à sa disposition des copies des mémoires des parties, les juges n'apprécient que la prestation lors de l'instance¹⁵ et rien n'oblige une équipe à plaider — rien ne l'interdit non plus — selon le contenu du mémoire ou selon le plan qui y est établi.

Le temps de chaque plaidoirie ne peut dépasser 45 minutes, et aucun orateur ne peut parler plus de 25 minutes. Du total de 45 minutes, 10 minutes peuvent être réservées, à une réplique et une duplique¹⁶. Ce laps de temps ne permet que d'exposer les points essentiels, sommairement documentés et reliés par les transitions appropriées. Les phrases de style, les explications des faits des jugements bien connus des juges et les conclusions qui ne ressortent pas du plaidoyer sont superflues. De surcroît, il est souvent opportun de modifier le choix des arguments en fonction de ceux qui seront utilisés par les adversaires¹⁷. L'on peut ainsi éliminer les objections potentiellement peu efficaces à l'égard des points forts de son vis-à-vis et se concentrer sur les arguments qui mettent directement ou indirectement — mais nettement — en doute les thèses des "savants collègues", surtout quand on plaide au nom de la partie défenderesse. Les étudiants ont tendance à oublier que le banc ne rend pas de jugement sur le fond et que les juges apprécient seulement les prestations des parties en comparant leurs qualités. Cette tâche est donc facilitée par une certaine correspondance des arguments présentés par les parties; celle-ci rend la comparaison possible et les notes sont plus proches du rapport réel des forces en présence.

Un juge qui a lu les mémoires des parties interrompt plus tôt ou plus tard l'exposé de l'orateur et le presse de questions. Les étudiants peu familiers avec la "méthode socratique" supportent parfois assez

15. Les notes séparées sont décernées aux mémoires par trois autres juges qui, habituellement, ne siègent pas lors des instances.

16. "Official Rules..." Annex C.

17. Après le tirage au sort, l'administrateur régional expédie à chaque équipe les quatre mémoires des parties adverses que celle-ci affrontera lors des instances.

mal cet interrogatoire et ils le laissent voir. Ceci est un tort manifeste, car les réponses intéressent les juges au moins autant que l'exposé et elles constituent souvent le facteur décisif au moment de la notation. Aucune limite n'est imposée aux juges à cet égard et ils ont eux-mêmes des horizons et des intérêts fort divers: université, fonction publique, barreau, etc. Les questions portent donc indifféremment sur les précisions à apporter aux arguments utilisés, sur les assertions des adversaires, sur des notions relevant du droit international général, etc. Une conclusion s'impose: les connaissances des membres de l'équipe doivent s'étendre bien au-delà des arguments du dossier à proprement parler et les fiches ou notes qui peuvent les rappeler à la mémoire ont leur place sur les pupitres des plaideurs. Sur le plan pratique, toutefois, aucun de ces derniers ne devrait ni planifier le temps de son exposé au-delà de 15 minutes, ni désespérer parce qu'il n'a pas présenté l'ensemble de son argumentation.

La préparation de plaidoiries exposées à de tels aléas appelle, à part la lecture et la réflexion, une saine dose d'exercices. L'expérience montre qu'il est très difficile de présenter une plaidoirie de qualité sans procéder à des répétitions, de préférence sous la surveillance des moniteurs qui jouent le rôle de juges. Ces derniers sont en mesure, dans un premier temps, d'indiquer les défauts d'élocution ou de comportement, le manque de transitions, l'incohérence ou le désordre des arguments, etc. Par la suite, quand ils sont en possession des mémoires adverses, ils peuvent également habituer les plaideurs aux questions, aux demandes d'arguments complémentaires, au fait qu'on leur porte contradiction, etc. Ces plaidoiries d'essai, à raison de deux ou trois par semaine, ont pour but d'amener l'étudiant à la maîtrise verbale des thèses choisies, présentées sous forme d'un exposé ordonné, quoique non récité, et qu'aucune question ne saurait perturber, ni dévier.

Enfin, quelques remarques doivent être consacrées à l'instance elle-même. D'abord, les plaideurs doivent garder présent à l'esprit le pouvoir de police du juge-président, sans l'autorisation duquel aucune initiative ne peut être prise. En particulier, s'il faut observer attentivement les tableaux de temps disponible que montre le greffier, la parole est enlevée — et accordée — par le seul président. Il est, par ailleurs, parfaitement superflu de contester d'emblée la compétence de la cour pour entendre les parties (imaginez ce qui se passerait si la cour était de cet avis!), ce qui n'empêche nullement de prétendre que certaines questions ne sont pas de sa juridiction. Enfin, rien n'est plus nuisible que des réactions de mauvaise humeur, d'agacement, etc. à l'égard du comportement des juges ou

de la partie adverse. Les premiers, notamment, questionnent parfois les uns plus durement que les autres, trahissent des "trous de mémoire" ayant trait au règlement, au problème ou aux arguments déjà utilisés, émettent sur le banc des commentaires sur la qualité de la prestation, etc. Toutes ces vicissitudes ne sauraient avoir d'impact sur les plaideurs, chez lesquels la courtoisie des formes et la fermeté convaincue quant au fond doivent demeurer de mise pendant toute la durée de l'instance.

En somme, la participation au procès simulé en droit international apparaît comme une épreuve difficile. Si elle l'est, qu'il soit permis de rassurer les futurs protagonistes: les équipes de plusieurs facultés obtiennent depuis des années d'excellents résultats et un nombre appréciable de participants ont été non seulement gratifiés de notes qui frôlaient le maximum mais ont aussi suscité la sincère admiration des témoins de leurs exploits. Les efforts ne sont pas, non plus, passés inaperçus de certains spectateurs intéressés: il arrive, en effet, que les plaideurs distingués se voient proposer sur le champ un stage d'avocat ou un emploi salarié. Si cette considération n'est que dernière dans l'ordre, elle mérite également un instant de réflexion sur l'état du marché du travail et sur l'intérêt d'un procès simulé en droit international.