

DANS LE CADRE DE L'ARBITRAGE DEVANT UN TRIBUNAL CONSTITUE CONFORMEMENT A L'ARTICLE 19 DU TRAITE ENTRE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE ET LE ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD CONCERNANT LA CONSTRUCTION ET L'EXPLOITATION PAR DES SOCIETES PIVEES CONCESSIONNAIRES D'UNE LIAISON FIXE TRANSMANCHE SIGNE A CANTORBERY LE 12 FEVRIER 1986

- ENTRE -

1. THE CHANNEL TUNNEL GROUP LIMITED

2. FRANCE-MANCHE S.A.

- ET -

1. THE SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT OF THE GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND

2. LE MINISTRE DE L'ÉQUIPEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, DU TOURISME ET DE LA MER DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SENTENCE PARTIELLE

Le Tribunal arbitral :

M. le professeur James Crawford SC, Président

Maître L. Yves Fortier CC QC

S.E. le juge Gilbert Guillaume

Le très honorable Lord Millett

Maître Jan Paulsson

Greffe :

Cour permanente d'arbitrage

30 janvier 2007

AGENTS, CONSEILS ET AUTRES REPRESENTANTS DES PARTIES

Eurotunnel

M. Matthew Weiniger, Herbert Smith LLP, Agent, Conseil et Avocat ;

M. le Professeur Christopher Greenwood, CMG, QC, Conseil et Avocat ;

Maître François-Henri Briard, Delaporte Briard Trichet, Conseil et Avocat ;

Maître Emmanuelle Cabrol, Herbert Smith LLP Conseil et Avocat ;

Maître Jean-Pierre Boivin, Cabinet Boivin, Conseil ;

Maître Malik Memlouk, Cabinet Boivin, Conseil ;

Maître Corentin Chevallier, Cabinet Boivin, Conseil ;

M. Matthew Page, Herbert Smith LLP, Conseil ;

Mme Joanne Greenaway, Herbert Smith LLP, Conseil ;

M. Oliver Jones, Herbert Smith LLP, Conseil ;

M. Milo Molfa, Herbert Smith LLP, Conseil-assistant;

M. Jean-Alexis Souvras, Directeur juridique, Eurotunnel ;

M. David Marteau, direction juridique, Eurotunnel.

France

M. Jean-Luc Florent, Directeur-adjoint des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, Agent ;

M. le professeur Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X - Nanterre, membre et ancien président de la Commission du droit international des Nations Unies, Conseil et Avocat ;

M. le professeur Mathias Forteau, professeur à l'Université Lille 2, Conseil et Avocat ;

M. Pierre Bodeau-Livinec, Direction des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, Agent-adjoint ;

M. Jean-Pierre Ghuysen, Inspecteur général des transports et des travaux publics, Président de la Délégation française à la Commission intergouvernementale au tunnel sous la Manche, Conseil-expert ;

M. Arnaud Tournier, Chargé de mission au Secrétariat général au tunnel sous la Manche, Conseil-expert ;

M. Franck Latty, Docteur en droit, Chargé de mission au Secrétariat général au tunnel sous la Manche, Conseil-expert.

Royaume-Uni

M. Christopher A. Whomersley, Conseiller juridique-adjoint du ministère des affaires étrangères et du Commonwealth, Agent ;

M. Akbar Khan, Premier secrétaire à l'ambassade de Grande-Bretagne à La Haye, Agent-adjoint ;

M. David Anderson QC, Conseil ;

M. Samuel Wordsworth, Conseil ;

Mme Jessica Wells, Conseil ;

M. John Henes, ancien président de la délégation britannique à la Commission intergouvernementale au tunnel sous la Manche ;

Mme Deborah Phelan, Department of Transport ;

M. Michael Harakis, Department of Transport.

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE I – HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE.....	1
CHAPITRE II – HISTORIQUE DU DIFFÉREND.....	9
A. Les Parties	9
B. Le Projet de liaison fixe.....	9
C. Aspects du problème de l’immigration clandestine	14
1. Ouverture du centre de Sangatte	14
2. Le régime des pénalités civiles du Royaume-Uni.....	17
3. Coût de la détention et de la reconduite des immigrés clandestins arrivant au Royaume-Uni par la liaison fixe	17
D. L’assistance à la société SeaFrance.....	18
CHAPITRE III – QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	20
A. La constitution du Tribunal aux fins de l’interprétation du Traité de Cantorbéry : l’article 19(2)(f).....	20
B. Les principes d’interprétation du Contrat de concession et le problème des textes divergents en fonction de la langue.....	25
CHAPITRE IV – COMPÉTENCE ET DROIT APPLICABLE	28
A. Dispositions pertinentes du Traité et stipulations pertinentes du Contrat de concession	28
1. Compétence du Tribunal.....	28
2. Source des droits et obligations des Parties	28
3. Droit applicable.....	28
B. Les positions des Parties.....	29
1. Arguments généraux concernant la compétence et le droit applicable.....	29
2. Compétence pour la demande relative à SeaFrance et recevabilité de cette demande	39
C. L’analyse du Tribunal	42
1. Existait-il un « différend » entre les Demandeurs et les Défendeurs quant à chacune des demandes ?	43
2. Les demandes relèvent-elles de l’article 40.1 du Contrat de concession ?..	46
3. Implications de procédures pendantes ou de procédures éventuelles devant d’autres instances sur la compétence du Tribunal	52
D. Conclusions sur la compétence et le droit applicable.....	53

CHAPITRE V – LA THÈSE DES DEMANDEURS SUR LA « RESPONSABILITÉ CONJOINTE ET SOLIDAIRE »	54
A. Les positions des Parties.....	54
B. Analyse du Tribunal	57
CHAPITRE VI – LE FOND DE LA DEMANDE RELATIVE À SANGATTE	63
A. Introduction	63
B. Les positions des Parties.....	66
1. Conséquences de l’ouverture et du maintien du centre de Sangatte.....	66
2. Le caractère adéquat des mesures de police et de sûreté	71
3. La politique de poursuites et sa mise en œuvre	74
4. Les fondements de la Demande relative à Sangatte.....	75
(a) Responsabilité de la sûreté à Sangatte.....	75
(b) La discrimination à l’encontre de la liaison fixe	86
(i) Traitement favorable du terminal de la SNCF	86
(ii) Le traitement favorable du Port de Calais.....	88
(c) Violations du droit français ou du droit anglais	91
(d) Le régime des pénalités civiles britannique et les prescriptions en matière de reconduite	93
(i) Les pénalités civiles	93
(ii) Frais de détention et de reconduite	95
C. L’évaluation du Tribunal.....	96
1. Le manquement à protéger le site de Coquelles des incursions.....	98
(a) Les normes juridiques.....	98
(i) Responsabilités pour risque résultant de problèmes de sûreté à Coquelles.....	98
(ii) Liberté des concessionnaires de mettre en œuvre leur politique commerciale.....	99
(iii) Organisation des contrôles frontaliers.....	102
(iv) Mesures nécessaires à l’exploitation de la liaison fixe	104
(b) Les normes juridiques appliquées	107
(i) La situation générale dans le Pas-de-Calais.....	107
(ii) L’ouverture du centre de Sangatte	108
(iii) La situation à Coquelles après le mois de septembre 2000.....	109
(iv) Le rôle et la responsabilité du Royaume-Uni.....	112

(c) Conclusion.....	113
2. Le traitement favorable accordé au terminal de la SNCF et au Port de Calais au détriment de la liaison fixe.....	114
(a) Avoir favorisé la SNCF ?.....	116
(b) Avoir favorisé le Port de Calais ?.....	116
3. Violations du droit français ou anglais	118
4. Les pénalités civiles britanniques et les frais de détention et de reconduite	119
(a) Les pénalités civiles.....	120
(b) Frais de détention et de reconduite.....	121
5. Répartition de la responsabilité entre les Défendeurs.....	123
6. Conclusion quant à la demande relative à Sangatte.....	123
CHAPITRE VII – LE FOND DE LA DEMANDE RELATIVE À SEAFRANCE.....	124
A. Les positions des Parties.....	124
1. Les faits.....	124
2. Attribution du comportement de la SNCF à la France	126
3. Fondements juridiques de la Demande relative à SeaFrance.....	128
B. La portée et le sens de l’article 34.3 du Contrat de concession.....	131
C. Autres fondements de la demande.....	138
1. Contrat de concession, article 2.1	138
2. Traité, article 12(1) ; Contrat de concession, articles 2.1 et 12.1	139
3. Accord d’extension de la Concession, article 7.....	140
D. Conclusion.....	140
CHAPITRE VIII – DÉCISION.....	141
ANNEXE	143

CHAPITRE I – HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

1. Par une notification de requête d'Arbitrage en date du 17 décembre 2003 (la « Requête »), les sociétés The Channel Tunnel Group Limited et France-Manche S.A. (ci-après dénommées les « Demandeurs » ou les « concessionnaires » selon le contexte) ont engagé une procédure d'arbitrage à l'encontre des gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, représenté par le *Secretary of State for Transport* et de la République française, représenté par le ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer¹ (ci-après dénommés les « gouvernements », les « concédants » ou les « Défendeurs » selon le contexte).

2. La Requête présente un différend qui serait né entre les concessionnaires et les gouvernements concernant :
 - (a) les manquements des gouvernements à protéger la liaison fixe d'incursions multiples, ainsi que les retards, préjudices et frais liés à ces incursions et causés par un nombre important d'immigrés clandestins résidant au centre d'hébergement de Sangatte situé à proximité de celle-ci ; les mesures discriminatoires prises par les gouvernements à l'encontre de la liaison fixe et en faveur d'autres exploitants faisant face au problème de l'immigration clandestine ; le manquement du Royaume-Uni à ses obligations, du fait de l'application du régime des pénalités civiles et de la facturation du coût de la détention et de la reconduite des migrants clandestins arrivant au Royaume-Uni par le tunnel ; et
 - (b) l'octroi par les gouvernements (ou leur absence d'action pour empêcher l'octroi) d'importantes subventions à la société SeaFrance, lui permettant ainsi de rester en activité, de renouveler sa flotte et de concurrencer la liaison fixe sur une base inéquitable.

Pour plus de commodité, ces demandes seront ci-après dénommées « la demande relative à Sangatte » et « la demande relative à SeaFrance ». Les Demandeurs évaluent le montant de la demande relative à Sangatte à 30.003.982 livres sterling et celui de la demande relative à SeaFrance à 428.400.000 livres sterling.

¹ À la date de cette sentence, le ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer. À la date de la signature du Contrat de concession, le ministre de l'urbanisme, du logement et des transports.

3. Les Demandeurs cherchent à établir la compétence du Tribunal arbitral sur ces demandes sur la base de l'article 40 du Contrat de concession du 14 mars 1986 conclu entre ces derniers et les Défendeurs². C'est en vertu du Contrat de concession que les concessionnaires ont construit et exploitent actuellement la liaison ferroviaire fixe passant sous la Manche entre la France et le Royaume-Uni. L'article 40.1 du Contrat de concession stipule que tout différend entre les Parties relatif à l'application du Contrat de concession sera soumis à arbitrage en vertu des dispositions de l'article 19 du Traité de Cantorbéry. Les Demandeurs ont signifié la notification de la Requête aux Défendeurs sur le fondement de ces dispositions et du règlement d'arbitrage relatif à la liaison fixe transmanche convenu par les Parties le 29 juillet 1987 (le « règlement d'arbitrage »), qui est applicable aux différends décrits à l'article 19 du Traité.
4. Les Demandeurs demandent réparation au titre de violations alléguées du Contrat de concession, du Traité de Cantorbéry, du Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la surveillance policière, à la coopération judiciaire en matière pénale, à la sécurité civile et l'assistance mutuelle concernant la liaison fixe transmanche (le « Protocole de Sangatte ») et de l'Accord particulier de sûreté relatif à la liaison fixe transmanche (« l'Accord particulier de sûreté »), ainsi que des règles pertinentes du droit international et des droits anglais et français.
5. Par accord entre les Parties, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (« CPA ») devait agir en qualité de greffier temporaire conformément à l'article V du règlement d'arbitrage. Les Demandeurs ont communiqué au Secrétaire général de la CPA une copie de la Requête prévue conformément à l'article V.2 et à l'article X.1 du règlement d'arbitrage.
6. Dans la Requête, les Demandeurs nommèrent Maître Yves Fortier CC QC et Maître Jan Paulsson membres du Tribunal arbitral devant être constitué en vertu de l'article IV.2 du Règlement d'arbitrage. Le 11 février 2004, la France désigna Son Excellence Monsieur le juge Gilbert Guillaume et, le 16 février 2004, le Royaume-Uni désigna le très honorable Lord Millett.

² Pour le texte du Contrat de concession en français et en anglais, voir *Journal officiel de la République française*, 16 juin 1987, p. 6414 et Cmnd. 9769.

7. Par la suite, les deux arbitres nommés par les gouvernements désignèrent Monsieur le professeur James Crawford SC, ressortissant australien, en qualité de Président du Tribunal, avec l'accord des deux arbitres désignés par les Demandeurs. Le 29 avril 2004, la CPA prit acte de cette désignation.
8. Le 21 juillet 2004, le Tribunal désigna Monsieur Brooks W. Daly de la CPA en qualité de Greffier dans la présente procédure.
9. Le 14 septembre 2004, le Tribunal confirma que les audiences auraient lieu au cours des semaines des 8 et 15 mai 2006.
10. Le 11 octobre 2004, les Parties déposèrent une Note commune convenant d'un calendrier pour les plaidoiries écrites. Celui-ci prévoyait un Mémoire devant être déposé le 31 décembre 2004 au plus tard, et que chacun des Défendeurs soumettrait un Contre-Mémoire au plus tard et à leur choix, soit le 30 juin 2005, soit le 31 août 2005, ainsi qu'un calendrier ultérieur pour la Réplique et pour la Duplique à établir d'un commun accord.
11. Le 31 décembre 2004, les Demandeurs déposèrent leur Mémoire.
12. Le 18 janvier 2005, le Tribunal émit son Ordonnance de procédure n°. 1, prévoyant la soumission de traductions anglaise et française des écritures et fixant des délais à cette fin. La traduction des annexes et des dépositions des témoins n'était pas requise, sauf demande spécifique à cette fin.
13. Le 19 janvier 2005, les Demandeurs soumièrent leurs dépositions de témoins et rapports d'experts.
14. Le 25 janvier 2005, les Conditions de désignation firent l'objet d'un accord, consignait les conditions de rémunération du Tribunal, ainsi que celles relatives à l'assistance du Greffe de la CPA.
15. Le 15 février 2005, les Défendeurs déposèrent une « Demande de disjonction des questions relatives aux montants de l'indemnité pour une phase ultérieure de la

procédure ». Les Défendeurs demandaient au Tribunal d'ordonner que toutes les questions relatives au *quantum* soient réservées à une phase distincte de la procédure. Une traduction officielle en français de ce document fut déposée par la France le 17 mars 2005.

16. Le 23 février 2005, les Demandeurs demandèrent une prorogation d'un mois pour le dépôt de la traduction française de leur Mémoire. Le 28 février 2005, le Greffier informa les Parties que ce délai avait été accordé.
17. Le 24 février 2005, la France informa les Parties et le Greffier qu'elle entendait utiliser les deux mois supplémentaires dont elle disposait en vertu de la Note commune et qu'elle déposerait donc son Contre-Mémoire le 31 août 2005 au plus tard.
18. Le 4 mars 2005, les Demandeurs déposèrent une réponse par laquelle ils s'opposaient à ce que la procédure se déroule en deux temps.
19. Le 15 mars 2005, la France et le Royaume-Uni déposèrent des commentaires, chacun pour leur part, relatifs à la réponse des Demandeurs, et maintenant leur demande aux fins de traiter les questions de *quantum* dans le cadre d'une phase ultérieure de la procédure. Des traductions non officielles de ces commentaires furent déposées par le Royaume-Uni et la France, respectivement le 18 et le 21 mars 2005.
20. Le 18 mars 2005, le Royaume-Uni, renvoyant au courrier de la France du 24 février 2005, indiqua qu'il utiliserait également les deux mois supplémentaires dont il disposait en vertu de la Note commune et déposerait également son Contre-Mémoire le 31 août 2005 au plus tard.
21. Le 22 mars 2005, les Demandeurs déposèrent une Réplique, maintenant leur opposition à ce que la procédure se déroule en deux temps.
22. Le 31 mars 2005, Maître Jan Paulsson informa les Parties qu'au cours de la semaine qui venait de s'écouler, il avait appris que l'un des associés de son cabinet avait travaillé sur une opération de refinancement pour le compte d'Eurotunnel et qu'un autre associé avait travaillé sur un autre projet concernant une opération de titrisation, ces deux

missions leur ayant été confiées après la désignation de Maître Paulsson en qualité de membre du Tribunal. Maître Paulsson indiqua qu'il ne pensait pas que ces faits affectaient son impartialité dans le cadre de la procédure, mais laissa le soin aux Parties de déterminer s'il devait ou non être remplacé.

23. Le 1^{er} avril 2005, les Demandeurs indiquèrent qu'ils n'avaient aucune objection au fait que Maître Paulsson demeure membre du Tribunal.
24. Par lettre du 12 avril 2005, le Greffier informa les Parties de la décision du Tribunal, selon laquelle il :

sera plus efficace de statuer tout d'abord sur le bien-fondé de la requête avant d'examiner, le cas échéant, les questions relatives à l'évaluation des dommages. Des griefs différents sont invoqués à l'encontre de chacun des défendeurs et il se pourrait que les responsabilités soient établies de façon différente en fonction desdits griefs ou qu'aucune responsabilité ne soit établie. En conséquence, le tribunal fait droit à la demande [des Défendeurs]. Le tribunal fait remarquer que ce qui est réservé est la question de l'évaluation de tout dommage indemnisable. Les parties devraient aborder dans la présente phase de la procédure, selon les conseils qu'ils pourraient recevoir, les principes afférents aux catégories de pertes ouvrant droit à indemnisation et les questions relatives au lien de causalité.

25. Le 15 avril 2005, les Défendeurs indiquèrent qu'ils n'avaient aucune objection à ce que Maître Paulsson continue à être membre du Tribunal.
26. Le 26 avril 2005, les Demandeurs écrivirent au Greffier pour souligner qu'en vertu de la lettre du Greffier du 12 avril 2005, « seul le calcul arithmétique de la quantification des préjudices indemnissables [serait] repoussé à la deuxième audience ». Les Demandeurs suggéraient que le Tribunal fixe sans délai une date pour la deuxième audience sur la quantification des préjudices, de préférence avant la fin de 2006. Les Demandeurs renvoyaient également à la déclaration du Tribunal selon laquelle « les questions de responsabilité peuvent être « déterminées dans des proportions différentes » en ce qui concerne les deux Défendeurs et réaffirmaient que tant la France que le Royaume-Uni étaient « responsables en ce qui concerne toutes les demandes, que ce soit sur le fondement de leurs propres actions ou carences et/ou sur le fondement [de] leur manquement à protéger les Demandeurs des actes ou des carences de l'autre gouvernement ».

27. Par un courrier du Greffier en date du 4 mai 2005, le Tribunal répondit au courrier des Demandeurs du 26 avril 2005, indiquant ce qui suit :

le Tribunal n'a rien à ajouter à ce qui est exposé dans [la] lettre du 12 avril 2005 ; [...] le Tribunal considère, lui aussi, que dans l'éventualité d'une déclaration de responsabilité, la phase procédurale relative au montant du préjudice devrait être menée à bien aussi rapidement que possible. Cependant, en raison de la date des audiences de mai 2006, le Tribunal doute qu'il soit possible d'achever une telle phase procédurale avant la fin de l'année 2006. [...] [L]e Tribunal rappelle que des griefs différents sont invoqués à l'encontre de chacun des Défendeurs et qu'il se pourrait que les responsabilités soient établies de façon différente en fonction desdits griefs ou qu'aucune responsabilité ne soit établie.

28. Le 31 août 2005, la France, d'une part, et le Royaume-Uni, d'autre part, déposèrent leur Contre-Mémoire³.
29. Le 5 octobre 2005, les Demandeurs informèrent le Greffier que les Parties n'étaient pas parvenues à un accord sur un calendrier pour la Réplique des Demandeurs et les Dupliques des Défendeurs, comme requis par la Note commune, et demandaient au Tribunal de prendre une ordonnance de procédure aux fins de trancher la question. Les 6 et 7 octobre 2005, respectivement, les Défendeurs commentaient, chacun pour sa part, cette question et demandaient également au Tribunal de prendre une ordonnance de procédure pour statuer sur la question. Le 11 octobre 2005, les Demandeurs écrivirent au Greffier pour apporter d'autres commentaires sur la question du calendrier.
30. Le 13 octobre 2005, le Tribunal prit l'Ordonnance de procédure n°. 2, fixant les délais de soumission de la Réplique et des Dupliques, ainsi que de leur traduction. Cette ordonnance demandait en outre à chacune des Parties de soumettre, au plus tard le 21 avril 2006, une liste des témoins qu'elle entendait citer à l'audience ; elle précisait que la date limite pour la remise de tout document supplémentaire serait le 21 avril 2006, et demandait enfin que soient préparés des classeurs de pièces justificatives consolidées.
31. Le 6 janvier 2006, les Demandeurs déposèrent leur Réplique.

³ Des versions modifiées de certaines Annexes furent ensuite déposées par la Grande-Bretagne.

32. Le 25 janvier 2006, le Greffier écrivit aux Parties, sollicitant leurs commentaires sur la question (soulevée au paragraphe 3.77 du Contre-Mémoire du Royaume-Uni) de l'interprétation de l'article 19(2)(f) du Traité de Cantorbéry. Il fut demandé aux Demandeurs de soumettre leurs commentaires le 24 février 2006 au plus tard. Les commentaires des Défendeurs devaient, quant à eux, être inclus dans les Dupliques.
33. Le 7 février 2006, le Greffier demanda aux Parties de confirmer que le Palais de la paix à La Haye leur conviendrait pour les audiences programmées en mai 2006, Bruxelles demeurant toutefois le siège de l'arbitrage. Le 8 février 2006, la France et le Royaume-Uni donnèrent chacun leur accord. Le 9 février 2006, les Demandeurs firent de même.
34. Le 10 février 2006, le Royaume-Uni demanda à ce que les Demandeurs lui communiquent une version complète des notes manuscrites prises par M. John Noulton lors d'une visite à Douvres en avril 1991, notes auxquelles renvoie sa deuxième déposition de témoin.
35. Le 24 février 2006, les Demandeurs déposèrent leurs observations concernant l'article 19(2)(f) du Traité.
36. Le 6 mars 2006, les Demandeurs communiquèrent au Royaume-Uni (i) une copie des notes manuscrites de M. John Noulton, ainsi qu'(ii) une transcription de la partie des notes mentionnée au paragraphe 8 de la deuxième déposition de M. John Noulton.
37. Le 7 avril 2006, le Royaume-Uni et la France déposèrent, chacun pour sa part, leur Duplique.
38. Le 20 avril 2006, les Demandeurs sollicitèrent une prorogation du délai de soumission de documents supplémentaires. Le 21 avril 2006, la France confirma qu'elle ne s'opposait pas à cette demande.
39. Le 21 avril 2006, les Demandeurs déposèrent quatre documents supplémentaires, ainsi qu'un DVD contenant des documents audiovisuels.

40. Le 21 avril 2006, les Demandeurs confirmèrent qu'ils ne s'opposaient pas à la demande du Royaume-Uni visant à obtenir une prorogation du délai prévu au paragraphe 3 de l'Ordonnance de procédure n° 2, et suggérèrent une prorogation jusqu'au 26 avril 2006.
41. Le 26 avril 2006, une conférence téléphonique eut lieu entre le Président du Tribunal et les Parties. Lors de celle-ci, il fut notamment convenu que le délai de soumission de documents supplémentaires serait repoussé au 2 mai 2006, et que la question de l'interrogatoire de trois témoins identifiés par les Demandeurs serait traitée dans le cadre d'un courrier adressé aux Parties à l'issue d'une consultation des autres membres du Tribunal par le Président. Un procès-verbal de la conférence téléphonique fut distribué aux Parties, ainsi qu'aux membres du Tribunal, par le Greffier.
42. Le 2 mai 2006, le Greffier informa les Parties que : « en vertu de l'article XIII(1)(b) du Règlement, il est pertinent d'autoriser les Demandeurs à interroger les trois témoins de la France qu'ils ont désignés ».
43. Du 8 au 13 mai, puis du 15 au 18 mai 2006, des audiences de plaidoiries et d'interrogatoires de témoins eurent lieu au Palais de la paix à La Haye.
44. Le 15 mai 2006, les trois témoins vinrent témoigner devant le Tribunal. Il s'agissait de M. Yannick Imbert, Sous-préfet de Calais de juillet 1998 à septembre 2000, de M. Michel Heuzé, Sous-préfet de Calais d'octobre 2000 à août 2004 et de M. Daniel Dubois, directeur départemental de la police de l'air et des frontières de janvier 2001 à mai 2003.
45. Le 16 mai 2006, Maître Paulsson informa les Parties et le Tribunal que l'un des associés de son cabinet avait été consulté par le Ministère français des transports sur un point de droit du travail qui n'avait aucun lien avec la présente affaire. Il assura les Parties que ceci n'aurait aucun effet sur son indépendance, ce qui fut accepté par les Parties.

CHAPITRE II – HISTORIQUE DU DIFFÉREND

A. LES PARTIES

46. Les Demandeurs dans cette affaire sont la société The Channel Tunnel Group Ltd et la société France-Manche SA. La société The Channel Tunnel Group est une filiale entièrement détenue par la société Eurotunnel plc. Ces deux sociétés sont des sociétés de droit anglais. La société France-Manche SA est, quant à elle, une filiale entièrement détenue par la société Eurotunnel SA. Ces deux dernières sociétés sont des sociétés de droit français. En vertu d'un contrat signé le 31 août 1996, les sociétés France-Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd ont créé une société en participation de droit français et une *partnership* de droit anglais. Les sociétés Eurotunnel plc et Eurotunnel SA sont cotées aux bourses de Londres et Euronext à Paris et à Bruxelles et leurs actions sont négociées sur ces trois places boursières en tant qu'unités jumelées, où une action d'Eurotunnel S.A. est jumelée au sein de l'unité avec une action d'Eurotunnel plc.
47. Les Défendeurs sont le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, représenté par le *Secretary of State for Transport* du gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le gouvernement de la République française représenté par le ministre de l'urbanisme, du logement et des transports du gouvernement de la République française.

B. LE PROJET DE LIAISON FIXE

48. En 1985, les gouvernements é mirent une consultation lançant la procédure d'appels d'offres pour le développement du tunnel sous la Manche. Une consultation à l'intention des maîtres d'œuvre, du 20 mars 1985, fut publiée dans le *Journal officiel de l'Union européenne* : elle faisait appel à des propositions en vue de développer, financer, construire et exploiter une liaison fixe transmanche entre la France et le Royaume-Uni (la « liaison fixe »), devant être intégralement financée par des capitaux privés.
49. Une réponse commune fut déposée par les Demandeurs et le 20 janvier 1986, le Président français et le Premier ministre britannique annoncèrent à Lille que les

Demandeurs avaient été retenus comme concessionnaires de la liaison fixe conformément aux termes de la Consultation.

50. Le Traité concernant la construction et l'exploitation de la liaison fixe transmanche par des concessionnaires privés fut signé à Cantorbéry le 12 février 1986⁴. Après ratification par les deux États, il entra en vigueur le 24 juillet 1987. Le Traité de Cantorbéry fixe le cadre juridique international permettant « à l'initiative privée de mener à bien la construction et l'exploitation d'une liaison fixe transmanche, dans des conditions déterminées par le gouvernement du Royaume-Uni et le gouvernement français » (préambule, para 3). Conformément à l'article 1 :

- (1) Les Hautes Parties contractantes s'engagent à permettre la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires (ci-après dénommées « les Concessionnaires ») d'une liaison fixe transmanche dans les conditions prévues par le présent Traité, ses Protocoles et accords additionnels, et par une concession entre les deux Gouvernements et les (ci-après dénommée « la Concession »). La liaison fixe transmanche sera financée sans qu'il soit fait appel à des fonds des Gouvernements et à des garanties gouvernementales de nature financière ou commerciale.

L'article 1(2) définit la liaison fixe transmanche comme devant inclure les tunnels eux-mêmes, ainsi que les aires terminales qui lui sont liées et les installations destinées au fret.

51. En vertu du Traité de Cantorbéry, une Commission intergouvernementale (la « C.I.G. ») fut créée aux fins de « suivre, au nom des deux gouvernements et par délégation de ceux-ci, l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe » (Article 10(1)). Conformément à l'article 10(2):

- (2) A l'égard des concessionnaires, les deux gouvernements exercent, par l'intermédiaire de la Commission intergouvernementale, leurs droits et obligations au titre de la Concession à l'exception de ceux concernant la modification, la prolongation, la suspension, la résiliation ou le transfert de cette dernière.

⁴ France-Royaume-Uni, Traité concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe transmanche, Cantorbéry, 12 février 1986 : *Recueil des traités des Nations Unies* vol. 1497, p.325.

Les décisions de la C.I.G. sont en effet prises « d'un commun accord par les chefs des délégations britannique et française ».

52. Le Traité de Cantorbéry fut complété par un certain nombre d'accords ultérieurs entre les deux États, comme suit :
- échange de lettres constituant un accord relatif au règlement d'arbitrage pour l'application du Traité du 12 février 1986 concernant une liaison fixe transmanche (avec Annexe), Paris, 29 juillet 1987⁵ ;
 - protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la surveillance policière, à la coopération judiciaire en matière pénale, à la sécurité civile et l'assistance mutuelle concernant la liaison fixe transmanche, Sangatte, 25 novembre 1991 (« Protocole de Sangatte »)⁶ ;
 - accord particulier de sûreté relatif à la liaison fixe transmanche, Londres, 15 décembre 1993 (« Accord particulier de sûreté »)⁷ ;
 - échange de lettres constituant un accord concernant l'utilisation de dossiers et la protection des informations personnelles et des données électroniques dans les zones de contrôle de la liaison fixe transmanche, Paris, 10 juin 1994⁸ ;
 - protocole additionnel au Protocole de Sangatte sur la création de bureaux chargés du contrôle des personnes empruntant la ligne ferroviaire reliant la France et le Royaume-Uni et la France, Bruxelles, 29 mai 2000⁹ ; et
 - échange de lettres concernant le Protocole additionnel au Protocole de Sangatte, Paris, 28 janvier 2002/Londres, 31 janvier 2002¹⁰.
53. Le Contrat de concession fut signé le 14 mars 1986 par le ministre de l'équipement, du transport et de l'habitat pour la France et par le *Secretary for Transport* pour le Royaume-Uni, d'une part, et par les sociétés France-Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd, d'autre part. Le Contrat de concession octroyait aux Demandeurs une concession aux fins de développer, financer, construire et exploiter la liaison fixe pour

⁵ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1509, p. 199.

⁶ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1747, 91.

⁷ Requête d'arbitrage, Annexe 5. A la différence des autres accords mentionnés ici, l'Accord particulier de sûreté n'a pas été publié comme un traité.

⁸ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1892, p. 335.

⁹ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 2226, p. 201.

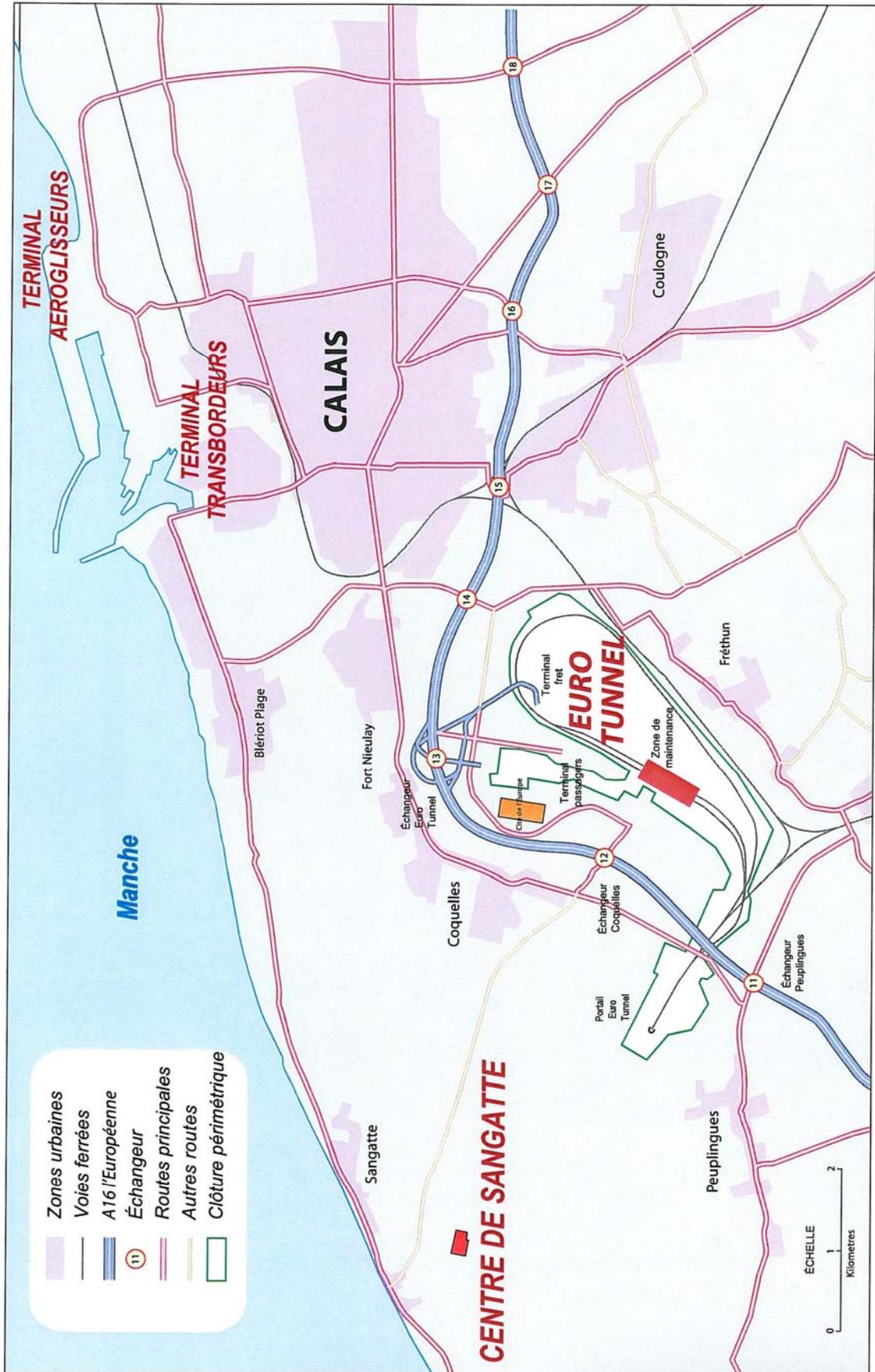
¹⁰ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 2226, 203.

une durée de 55 ans, durée ultérieurement prorogée pour atteindre 99 ans en vertu de l'Accord d'extension de la concession du 13 février 1998.

54. Les dispositions pertinentes du Traité de Cantorbéry, des autres accords entre États et du Contrat de concession seront reproduites dans la mesure nécessaire au cours de l'examen des arguments des Parties.
55. La liaison fixe transmanche fut ouverte en 1994. Selon certaines estimations, elle représentait à cette époque le plus important projet d'infrastructure de l'histoire financé par des fonds privés. Il avait en effet été indiqué très clairement dès le début que le Tunnel devait être « financé sans qu'il soit fait appel à des fonds des gouvernements ou à des garanties gouvernementales de nature financière ou commerciale » - principe qui, dit-on, avait été résumé par Mme Thatcher, Premier ministre britannique de l'époque dans la formule « pas un penny pour le tunnel »¹¹. Il devait donc être financé par des crédits bancaires et des fonds propres d'un montant dépassant les 10 milliards de livres sterling (soit environ 16 milliards d'euros).
56. La liaison fixe est conçue pour accueillir des trains et des navettes pour les véhicules routiers et consiste en un double tunnel ferroviaire fixe foré sous la Manche, un tunnel de service, ainsi que des terminaux à Coquelles dans le département du Pas-de-Calais et à Cheriton dans le comté du Kent.
57. Le terminal de Coquelles couvre un site de 700 hectares et est protégé par une clôture périmétrique, ainsi que par une clôture supplémentaire (y compris des cordons intérieurs) qui représentent au total une longueur se chiffrant en dizaines de kilomètres. Le terminal est situé dans une zone rurale de campagne ouverte et de terres agricoles à environ trois kilomètres du centre de la ville portuaire de Calais. Un croquis d'une carte de la région, sur lequel sont indiqués les lieux concernés, figure sur la page ci-dessous sous l'intitulé **carte 1**.

¹¹ La version la plus proche de cette expression que l'on peut trouver dans les archives Thatcher était dans un discours devant la Chambre de Commerce de Manchester, le jeudi 11 décembre 1986, au cours duquel le Premier ministre déclara : « vous avez parlé du tunnel sous la Manche, chaque penny investi [proviendra] du secteur privé » (traduction du greffe) (en ligne : <<http://www.margaretthatcher.org/speeches/displaydocument.asp?docid=106537>> – site consulté le 6 juin 2006). Le Président Mitterrand a rendu cette idée de manière un peu différente, selon lui « la soudure au continent ne coûtera pas un kopeck à la Couronne ». Cité dans Ali Magoudi, *Rendez-Vous : La psychanalyse de François Mitterrand* (Paris, Maren Sell Éditeurs, 2005) pp. 50-51.

Carte 1
Points remarquables autour de Calais



C. ASPECTS DU PROBLEME DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE

58. La première demande principale des Demandeurs porte sur le caractère approprié de la protection de la liaison fixe fournie par les Défendeurs contre les perturbations provoquées par les immigrés clandestins hébergés au centre de Sangatte.
59. Au cours de la période de 1999 à 2003, l'immigration clandestine dans la région du Pas-de-Calais dans le nord de la France constituait un problème sérieux. Les immigrés clandestins dans la région aspiraient en effet à rejoindre le Royaume-Uni, en passant par le port de Calais ou par la liaison fixe, et ils arrivaient par milliers. La plupart venaient du Kosovo, de l'Afghanistan, d'Iraq ou de Somalie et étaient des personnes déplacées par des conflits dans leur propre pays ; ce flux d'immigrés était aggravé du fait de bandes organisées de passeurs et alimenté par la perception (justifiée ou non) selon laquelle la Grande Bretagne était un havre pour les réfugiés.
60. Environ à partir de la fin de 1999, un nombre croissant d'immigrés clandestins qui étaient hébergés au centre de Sangatte a tenté d'atteindre le Royaume-Uni en pénétrant par effraction sur le périmètre du terminal de Coquelles et en tentant de s'introduire à bord des navettes à destination du Royaume-Uni. Selon les Demandeurs, ceci a provoqué des perturbations importantes de l'exploitation de la liaison fixe et a coûté très cher en mesures supplémentaires de protection¹².

1. Ouverture du centre de Sangatte

61. Le 29 septembre 1999, le Préfet du Pas-de-Calais réquisitionna une ancienne usine de béton préfabriqué appartenant aux Demandeurs à Sangatte aux fins d'y établir un centre d'accueil et d'hébergement pour les immigrés¹³. Le centre de Sangatte était financé par le gouvernement français et géré par la Croix-Rouge française. Comme indiqué sur la **carte 1**, il était situé à environ 2,5 kilomètres de l'entrée du tunnel sous la Manche au terminal de Coquelles.

¹² Mémoire des Demandeurs, paras. 77-84.

¹³ Il ne s'agissait pas du premier centre ouvert à cette fin. En effet, plus tôt en 1999, un autre centre existait dans Calais même : il fut fermé par le Sous-préfet en juin 1999 pour des raisons d'hygiène et de sécurité, à la suite de quoi des centaines de personnes dormaient à la belle étoile dans les parcs publics de Calais.

62. A la fin de l'année 2001, le centre de Sangatte hébergeait en permanence jusqu'à 2.000 immigrés clandestins. Les Demandeurs exposent qu'entre septembre 1999 et décembre 2002, « environ 67.000 immigrés ont été hébergés au centre de Sangatte »¹⁴.
63. Le 13 septembre 2000, les Demandeurs déposèrent leur première demande écrite de fermeture du centre de Sangatte au gouvernement français¹⁵. Des demandes de coopération afin d'obtenir la fermeture du centre de Sangatte furent également présentées au Royaume-Uni¹⁶.
64. Le 12 juillet 2002, les ministres français et britanniques concernés, Messieurs Sarkozy et Blunkett, se mirent d'accord sur le principe de la fermeture du centre. D'intenses discussions entre les deux gouvernements suivirent, et le Royaume-Uni donna son accord pour laisser pénétrer sur son territoire de nombreux résidents qui étaient encore au centre. Ce dernier fut finalement fermé le 30 décembre 2002.
65. Qu'il y ait un lien significatif entre le nombre de candidats à l'immigration clandestine au centre de Sangatte et les incursions à Coquelles et dans le terminal SNCF situé à proximité peut être constaté à la vue du **tableau 2** ci-dessous. Celui-ci illustre en effet, sur une base mensuelle, de janvier 2000 à avril 2003, le nombre d'incursions dans Coquelles et dans le terminal de fret de la Société nationale des chemins de fer français situé à proximité, au regard des niveaux d'occupation du centre. Les incursions à Coquelles ont atteint un pic au cours de l'été 2001, puis de nouveau à la fin de l'année. Les incursions dans ces deux sites ont ensuite chuté de manière abrupte après le mois d'octobre 2002, à la suite de l'annonce (septembre 2002) de la fermeture du centre.

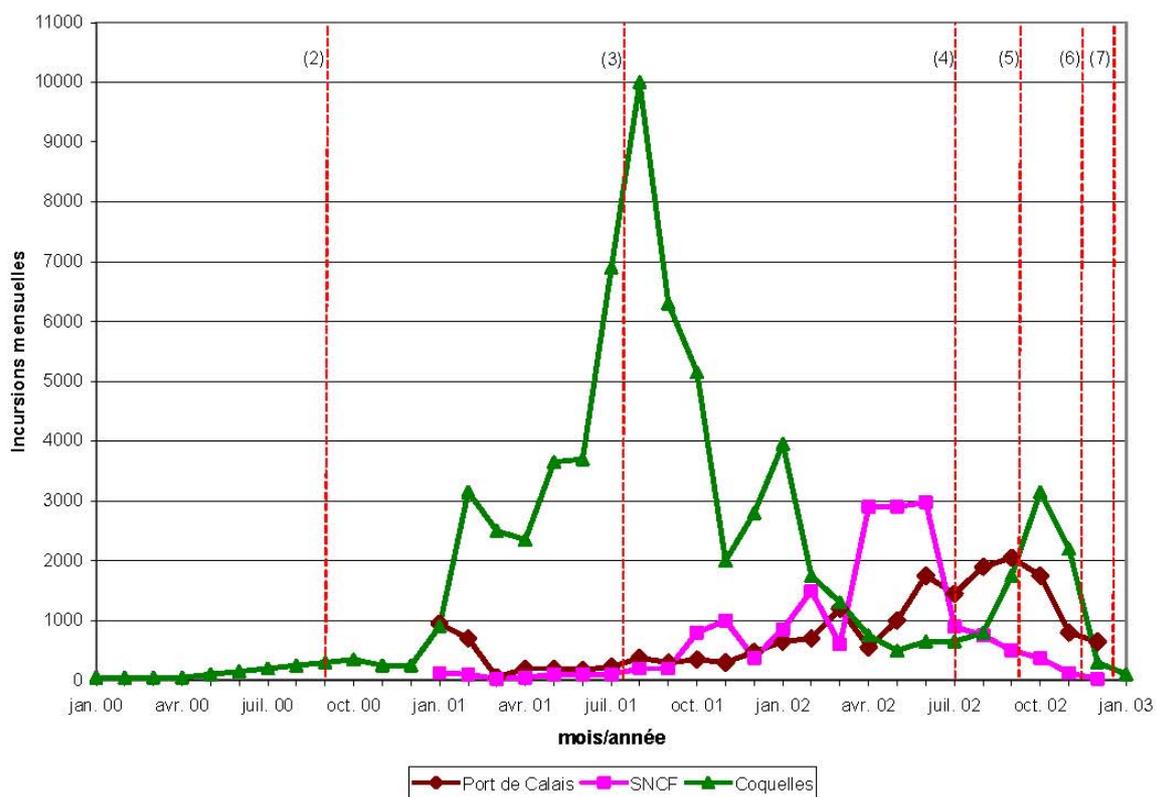
¹⁴ Mémoire des Demandeurs, para. 75, faisant référence au Mémoire des Demandeurs, Annexe 225.

¹⁵ Mémoire des Demandeurs, Annexe 94.

¹⁶ Mémoire des Demandeurs, Annexes 106 et 133.

Tableau 2

Résumé des incursions mensuelles :
Port de Calais, Zone SNCF et Terminal de Coquelles ⁽¹⁾



Notes:

- (1) Présentation consolidée des trois graphiques figurant à l'Annexe 149 à la Duplique de la France ;
- (2) 13 septembre 2000 : première demande écrite des Demandeurs pour la fermeture du centre de Sangatte (Mémoire des Demandeurs, para. 116) ;
- (3) 15 juillet 2001 : début de la politique de « tolérance zéro » des Demandeurs (Lettre de M. Philippe Lazarre au Préfet du Pas-de-Calais du 3 juillet 2001, liasse E, p. 3353) ;
- (4) 21 juillet 2002 : accord entre MM. Nicolas Sarkozy et David Blunkett concernant la fermeture du centre de Sangatte (Contre-Mémoire du Royaume-Uni, Annexe 14, p. 258) ;
- (5) 26 septembre 2002 : annonce de la fermeture du centre de Sangatte (coupure de presse « *Sangatte to close its doors to new residents* », Contre-Mémoire du Royaume-Uni, Annexe 14, p. 264) ;
- (6) 5 novembre 2002 : fin de l'accueil de nouveaux arrivants au centre de Sangatte (coupure de presse « *UK borders 'extended' - Sangatte to close on 30 December* », Contre-Mémoire du Royaume-Uni, Annexe 14, p. 273) ;
- (7) 20 décembre 2002 : fermeture du centre de Sangatte (Mémoire des Demandeurs, para. 123; Deuxième attestation de M. Jean-Paul Lingrand, liasse C, onglet 8, para. 7).

2. Le régime des pénalités civiles du Royaume-Uni

66. L'extension aux Demandeurs du régime des pénalités civiles du Royaume-Uni était liée à la controverse permanente au sujet des clandestins et du centre de Sangatte. Le régime des pénalités civiles a été introduit en avril 2000 en vertu de la Partie II de l'*Immigration and Asylum Act 1999 (UK)* (la « Loi de 1999 ») avec l'objectif proclamé de résoudre le problème de l'immigration clandestine. Ce régime prévoyait un système de pénalités applicables aux responsables du transport d'immigrés clandestins vers le Royaume-Uni. Les transporteurs étaient tenus responsables et susceptibles d'encourir une amende de 2.000 livres sterling pour chaque immigré clandestin transporté au Royaume-Uni. Initialement, le régime des pénalités civiles n'était applicable qu'aux véhicules de transport routier, mais à compter du 1^{er} octobre 2001, il fut étendu aux Demandeurs. Son extension est alors devenue une source de désaccords entre les gouvernements. Les Demandeurs protestèrent également contre celle-ci et cherchèrent à obtenir la coopération des deux gouvernements aux fins d'obtenir le contrôle du problème de l'immigration clandestine, plutôt que l'application de mesures qu'ils percevaient comme des sanctions prises unilatéralement à leur encontre.
67. D'octobre 2001 à février 2002, des pénalités d'un montant total de 388.000 livres sterling furent imposées aux concessionnaires ; néanmoins, celles-ci finalement firent toutes l'objet d'une remise. Le 4 février 2002, le Royaume-Uni annonça le retrait du régime des pénalités civiles pour ce qui concernait les Demandeurs.
68. En 2002, le Royaume-Uni modifia la Loi de 1999 afin d'imposer une responsabilité aux concessionnaires en leur qualité d'exploitants de navettes de trains de fret transportant des passagers clandestins à destination du Royaume-Uni. Aucune pénalité n'a toutefois été imposée aux concessionnaires en vertu des dispositions modifiées de la Loi de 1999.

3. Coût de la détention et de la reconduite des immigrés clandestins arrivant au Royaume-Uni par la liaison fixe

69. En parallèle avec le régime des pénalités civiles, le Royaume-Uni a également rendu les Demandeurs responsables en vertu de la loi sur l'immigration (*Immigration Act 1971 (UK)*) de 1971, telle que modifiée par un décret de 1993 (le « décret de 1993 ») du tunnel sous la Manche (accord international) qui transcrit les dispositions

pertinentes du Protocole de Sangatte dans le droit anglais, pour ce qui concerne le coût de la détention et de la reconduite de certains immigrés clandestins arrivant au Royaume-Uni par la liaison fixe. Il apparaît qu'environ 117.000 livres sterling furent payées par les Demandeurs à ce titre¹⁷.

D. L'ASSISTANCE A LA SOCIETE SEA FRANCE

70. La deuxième demande des Demandeurs porte sur le fait que les Défendeurs auraient apporté un soutien abusif à la société SeaFrance. SeaFrance, société de droit français, fut constituée le 1^{er} janvier 1996 : c'est l'une des sociétés exploitant des services de transbordeurs sur le marché du transport transmanche entre le Royaume-Uni et la France. Jusqu'en décembre 1999 la société SeaFrance était une filiale entièrement détenue par le G.I.E. Transmanche, ce dernier étant lui-même filiale de la SNCF.
71. En raison de difficultés économiques, une opération de recapitalisation de la société SeaFrance fut organisée en décembre 1999 avec l'approbation du gouvernement français. Dans le cadre de cette opération, la SNCF apporta à la société SeaFrance deux nouveaux navires, le *Nord-Pas-de-Calais* et le *Manet*, dont la valeur était estimée à 24,4 millions d'euros, en échange de 1.600.000 actions nouvelles de la société SeaFrance.
72. La société SeaFrance acquit également deux autres nouveaux navires, le *Rodin* et le *Berlioz*, qui furent financés en bénéficiant d'un plan d'exemption fiscale administré par le gouvernement français et, dans le cas du dernier, en bénéficiant d'une garantie, ainsi que d'un acompte de la SNCF. La société SeaFrance bénéficia également d'autres avantages, et notamment d'un plan de remboursement des cotisations de sécurité sociale, des cotisations de retraite et des cotisations à la caisse des accidents du travail entre 1998 et 2000 et enfin, dernièrement, des cotisations patronales aux caisses d'allocation familiales et de chômage.

¹⁷ Les coûts de transfert furent imposés sur une base discrétionnaire par les autorités du Royaume-Uni : voir la Première attestation de M. John Noulton, liasse C, onglet 4, para. 47. Le pouvoir de procéder de la sorte résulte de l'Immigration Act de 1971 – Schedule 2, tel qu'étendu aux concessionnaires par l'ordonnance sur le Tunnel sous la Manche (arrangements internationaux) *Order* (S1 1993/11813), Schedule 4, para. 1.

73. Les Demandeurs prétendent que ces avantages équivalent à un soutien illicite du gouvernement français, accordé en violation d'engagements exprès ou implicites résultant des accords pertinents et en violation pour le surplus du droit applicable.

CHAPITRE III – QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

74. Avant d'aborder les arguments des Parties sur les demandes exposées ci-dessus, il convient de mentionner deux questions préliminaires. La première concerne la manière dont le Tribunal doit se prononcer sur les questions concernant l'interprétation du Traité ; la seconde concerne les problèmes soulevés dans le cadre de l'interprétation du Contrat de concession du fait de l'incohérence flagrante des versions française et anglaise.

A. LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL AUX FINS DE L'INTERPRÉTATION DU TRAITE DE CANTORBERY : L'ARTICLE 19(2)(F)

75. Comme noté précédemment, par lettre du 25 janvier 2006, le Greffier, renvoyant aux positions prises par le Royaume-Uni dans son Contre-Mémoire¹⁸, demanda aux Parties de soumettre leurs commentaires sur l'application et la portée de l'article 19(2)(f) du Traité.

76. L'article 19(2)(f) du Traité dispose, en ses passages pertinents, ce qui suit :

- (2) Le tribunal arbitral est composé dans chaque cas de la façon suivante :
 - [...]
 - (f) Dans le cas où les Concessionnaires sont parties au litige, ils ont le droit de désigner deux arbitres supplémentaires. Les deux arbitres nommés par les Gouvernements désignent le président du tribunal en accord avec les deux arbitres nommés par les Concessionnaires. A défaut d'un accord dans le délai fixé à l'alinéa (b), le président est désigné selon la procédure prévue aux alinéas (c), (d) et (e) du présent paragraphe. *Les deux arbitres nommés par les Concessionnaires ne prennent pas part à tout ou partie d'une décision relative à l'interprétation ou à l'application du présent Traité* ».

(souligné par le Tribunal).

77. Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'article 40.1 du Contrat de concession qui est l'article fondant la compétence du Tribunal. Celui-ci stipule :

40.1 A la demande de l'une quelconque des parties, tout différend relatif à l'application de la Concession survenant entre les Concessionnaires ou l'un d'entre eux, et les concédants ou l'un d'entre eux, doit être soumis à un tribunal arbitral conformément aux dispositions de l'article 19 du Traité.

¹⁸ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.77.

78. Il est évident à la lecture de l'article 19(2)(f) du Traité de Cantorbéry (tel que mis en œuvre par l'article 40.1 du Contrat de concession) que si, et dans la mesure où le Tribunal devait interpréter et appliquer le Traité, les arbitres désignés par les concessionnaires ne pourraient pas « prendre part » à cette partie de la décision. Cette disposition peu commune soulève un certain nombre de questions : que signifie « prendre part » à une décision (cela comprend-il les délibérations ou uniquement le vote ?) ; qu'advient-il si la question porte sur les conséquences, pour la signification du Contrat de concession, de dispositions spécifiques du Traité, et par-dessus tout, le Tribunal est-il compétent en formation plénière pour se prononcer sur l'application de l'article 19(2)(f) lui-même ?
79. Ces questions ont, dans une certaine mesure, fait l'objet de clarifications dans les conclusions des Parties.
80. Les Demandeurs soutiennent que la dernière phrase de l'article 19(2)(f) n'est applicable que lorsque le Tribunal interprète ou applique le Traité en tant que tel, c'est-à-dire en le distinguant du Contrat de concession, de tout autre traité ou de toute autre disposition du droit applicable. En outre, cette phrase ne serait pas applicable dans les cas où le Tribunal aurait besoin d'examiner le Traité « en tant qu'outil d'interprétation du Contrat de concession »¹⁹. Dans un tel cas, le fait que le Tribunal examinerait le sens à donner au Traité n'impliquerait aucune décision quant à l'interprétation ou à l'application du Traité ; cet examen contribuerait simplement à une partie du « raisonnement »²⁰ sur lequel la décision concernant le Contrat de concession serait fondée. D'après les Demandeurs, cette interprétation serait confirmée par une déclaration du représentant du gouvernement du Royaume-Uni contemporaine de la signature du Traité²¹.
81. Selon les Demandeurs, une interprétation étroite de l'article 19(2)(f) s'impose sur le fondement de l'égalité des armes : « on ne peut imaginer sérieusement envisager que les Parties aient élaboré un mécanisme de règlement des litiges qui puisse exclure les

¹⁹ Conclusions des Demandeurs sur l'article 19(2)(f) du Traité, para. 4.

²⁰ Conclusions des Demandeurs sur l'article 19(2)(f) du Traité, para. 4.

²¹ Conclusions des Demandeurs sur l'article 19(2)(f) du Traité, para. 8(3).

arbitres désignés par les concessionnaires des décisions ayant un impact direct sur ces derniers »²². En effet, selon eux :

les arbitres peuvent apprécier, au cas par cas, si les problèmes en cause comportent des questions concernant strictement les droits et obligations des deux États, sans impact direct sur les intérêts des Concessionnaires, (auquel cas il peut y avoir un fondement de principe en faveur de l'exclusion des arbitres nommés par les Concessionnaires) ; ou si, au contraire, ils comprennent des questions ayant un impact direct sur les intérêts des Concessionnaires (auquel cas les arbitres nommés par les Concessionnaires doivent prendre part à la décision)²³.

82. Sur la question de ce que l'expression « prendre part » recouvre, les Demandeurs avancent ce qui suit :

[L]es arbitres nommés par les concessionnaires ne sont exclus que de la partie décisionnelle de la procédure [...] Toutefois, ils doivent assister et participer à toutes les discussions et réflexions préalables à la prise de décision et assister les autres arbitres en exprimant leur point de vue sur la question. Ils peuvent également participer aux parties de l'audience consacrées à l'interprétation et à l'application du Traité, pris isolément²⁴.

83. Selon le Royaume-Uni, la dernière phrase de l'article 19(2)(f) est applicable dans les cas où le Tribunal interprète ou applique le Traité isolément. Il en est de même lorsque le Tribunal a besoin d'examiner le Traité pour l'assister dans son interprétation du Contrat de concession²⁵. Il relève toutefois qu'il « n'a aucune objection au fait que l'ensemble des arbitres prennent part à toute décision relative à la portée et à l'application de l'article 19(2)(f) lui-même ». Il note en outre que la suggestion des Demandeurs selon laquelle les arbitres désignés par les concessionnaires devraient participer aux délibérations, mais non à la prise effective de décision « semble incohérente » avec la formulation de l'article 19(2)(f). Néanmoins, selon le Royaume-Uni, il s'agit d'un « Tribunal extrêmement éminent et expérimenté [et le Royaume-Uni] laisse le soin à celui-ci de décider comme il lui semble bon de l'application (le cas échéant) de l'article 19(2)(f) au cours de ses délibérations »²⁶.

²² Conclusions des Demandeurs sur l'article 19(2)(f) du Traité, para. 12.

²³ Conclusions des Demandeurs sur l'article 19(2)(f) du Traité, para. 12 (traduction du greffe).

²⁴ Conclusions des Demandeurs sur l'article 19(2)(f) du Traité, para. 14.

²⁵ Duplique du Royaume-Uni, paras. 2.16 et s.

²⁶ Duplique du Royaume-Uni, para. 2.21.

84. De même, la France rejette l'interprétation des Demandeurs de l'article 19(2)(f) du Traité et soutient que cette disposition est applicable à toutes les décisions du Tribunal « qui pourraient concerner l'interprétation ou l'application du Traité »²⁷. Les seules restrictions concerneraient les dispositions du Traité qui sont « formellement incluses »²⁸ dans le Contrat de concession. Dans ce dernier cas, l'article 19(2)(f) du Traité ne serait pas applicable.
85. La France soutient également que l'exclusion à laquelle il est fait référence à l'article 19(2)(f) porte sur l'intégralité du processus de prise de décision du Tribunal et non uniquement (ainsi que l'affirment les Demandeurs) sur « la partie décisionnelle » de la procédure²⁹. Elle rejette le point de vue des Demandeurs selon lesquels les arbitres désignés par les concessionnaires devraient participer à toute décision du Tribunal ayant trait à l'interprétation du Traité, arguant du fait que cela serait contraire au principe de « l'effet utile »³⁰. Elle accepte toutefois que le Tribunal, dans son ensemble, est seul juge du moment et de la manière dont la disposition devrait être appliquée dans les faits³¹.
86. Pour sa part, le Tribunal soulignera que l'article 19(2)(f) fonctionne dans le cadre d'une compétence aux fins de résoudre des différends « relatifs » au Contrat de concession et que cette compétence est clairement conférée au Tribunal dans son ensemble. Le cas envisagé par l'article 19(2)(f) est celui d'une partie identifiable d'une décision, se rapportant elle-même à l'interprétation ou l'application du Traité, pris indépendamment du Contrat de concession. Les articles 40.4 et 41.1 du Contrat de concession confirment la distinction existant entre l'application du Contrat de concession et celle du Traité. L'article 40.4, sous la rubrique « règlement des différends », stipule en effet :

Conformément à l'article 19.6 du Traité, pour régler les différends relatifs à la Concession, il est fait application des dispositions pertinentes du Traité et de la Concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français ou de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit anglais ou de droit français. Il peut, en outre, être

²⁷ Duplique de la France, para. 2.1.86.

²⁸ Duplique de la France, para. 2.1.90.

²⁹ Duplique de la France, para. 2.1.83.

³⁰ Duplique de la France, para. 2.1.84.

³¹ Dans sa Duplique, la France déclare que « c'est au Tribunal arbitral dans sa composition plénière qu'il appartient d'apprécier la nécessité de recourir à la composition particulière que prévoit la dernière phrase de l'article 19(2)(f) de ce Traité ». Duplique de la France, para. 2.1.88.

fait application des principes pertinents du droit international et, si les parties au différend en sont d'accord, du principe d'équité.

L'article 41 est intitulé « droit applicable » et l'article 41.1 stipule :

Les relations entre les concédants et les concessionnaires sont soumises aux dispositions du Traité, mises en œuvre par la présente Concession, et à celles de la Concession.

87. Il sera nécessaire de revenir à ces stipulations plus en détails, mais pour le moment, ce qui est significatif est l'implication claire qu'il pourrait s'avérer nécessaire d'appliquer les dispositions du Traité telles que mises en œuvre par le Contrat de concession et celles du Contrat de concession lui-même. L'article 19(2)(f) s'applique seulement lorsque la question concerne l'interprétation ou l'application du Traité. Son objet est d'empêcher que les arbitres désignés par les gouvernements se retrouvent en minorité sur un tel point.
88. Il est vrai qu'il pourra s'avérer nécessaire d'interpréter le Contrat de concession à la lumière des dispositions du Traité. D'un point de vue conceptuel, toutefois, un tel exercice impliquerait deux étapes, dès lors qu'une question d'interprétation se présenterait. Tout d'abord, que signifie la disposition pertinente du Traité ? Ensuite, à la lumière de cette conclusion, que signifie la stipulation pertinente du Contrat de concession et comment devrait-elle être appliquée ? Si la rédaction des deux textes est identique, cela peut sembler être une distinction sans conséquence, car la décision concernant l'interprétation du Traité sera en pratique déterminante pour la question de l'interprétation de la concession. La distinction n'en doit pas moins être maintenue. L'article 19(2)(f) n'est applicable que dans le cas où ce qui est en jeu est l'interprétation ou l'application du Traité alors que, conformément à l'article 41.1 du Contrat de concession, c'est le Contrat – y compris « les dispositions du Traité mises en œuvre par la présente Concession » qui régit la relation entre les concédants et les concessionnaires.
89. Cette considération aide à répondre au grief des Demandeurs selon lesquels l'article 19(2)(f) porte atteinte à l'égalité des armes, susceptible d'agir à leur détriment. La première réponse est toutefois que les conditions dans lesquelles un arbitrage

international survient sont énoncées dans le Traité, auquel l'article 40 du Contrat de concession renvoie, et que les concessionnaires les ont expressément acceptées. Pour sa part, le Tribunal n'a d'autre choix que d'agir conformément aux conditions énoncées aux articles 40 et 41.

90. Le Tribunal considère que l'article 19(2)(f) ne devrait pas être interprété plus largement qu'il est nécessaire pour donner effet à son objectif, c'est à dire éviter le risque que les arbitres nommés par les deux gouvernements soient mis en minorité sur le sens et l'effet d'une disposition du Traité, question qui ne concerne que les Parties Contractantes. En conséquence, le Tribunal est parvenu aux conclusions suivantes sur l'application de cet article. Tout d'abord, il appartient au Tribunal, en formation plénière, de se prononcer sur toutes les demandes qui lui sont soumises. En deuxième lieu, au cours de l'examen des demandes, il peut s'avérer nécessaire pour le Tribunal d'interpréter le Traité en tant que tel, que ce soit directement ou pour l'assister dans son interprétation du Contrat de concession – mais il appartient au Tribunal en formation plénière d'apprécier dans chaque cas s'il est ou non nécessaire de procéder à une telle interprétation. C'est le Tribunal dans son entier qui a la compétence de la compétence. En troisième lieu, afin de se prononcer sur toute question qui lui est soumise, et notamment de déterminer si l'article 19(2)(f) doit s'appliquer, ainsi que sur le sens et l'effet de toute disposition du Traité, le Tribunal en formation plénière doit disposer de la faculté d'entendre tous les arguments et de débattre de toutes les questions. En conséquence, il n'est pas nécessaire que les arbitres nommés par les Demandeurs se retirent de la salle de délibération ou s'abstiennent de prendre part aux délibérations lorsque le sens et l'effet d'une disposition du Traité sont débattus. Le seul effet de l'article 19(2)(f) est d'interdire aux arbitres nommés par les Demandeurs de prendre part à un vote sur ces questions.

B. LES PRINCIPES D'INTERPRETATION DU CONTRAT DE CONCESSION ET LE PROBLEME DES TEXTES DIVERGENTS EN FONCTION DE LA LANGUE

91. Le Tribunal aborde à présent une autre question préliminaire qui a en fait monopolisé beaucoup plus de temps lors de l'audience, à savoir celle de la difficulté d'interprétation du Contrat de concession notamment au regard des nombreuses divergences entre ses deux textes faisant tous deux également foi. Un exemple en est fourni par l'article 40, qui définit les questions relevant de la compétence du Tribunal :

Article 40. <i>Settlement of Disputes</i>	Article 40. <i>Règlement des différends.</i>
40.1. Any dispute... <i>relating to this Agreement</i> shall be submitted to arbitration in accordance with the provisions of Article 19 of the Treaty... <i>(souligné par le Tribunal)</i>	40.1. [...] tout différend <i>relatif à l'application de la Concession</i> [...] doit être soumis à un tribunal arbitral conformément aux dispositions de l'article 19 du Traité. <i>(souligné par le Tribunal)</i>
40.4. ...in order to resolve any disputes <i>regarding the application of this Agreement</i> , the relevant provisions of the Treaty and of this Agreement shall be applied. <i>(souligné par le Tribunal)</i>	40.4. [...] pour régler les différends <i>relatifs à la Concession</i> il est fait application des dispositions pertinentes du Traité et de la Concession. <i>(souligné par le Tribunal)</i>

Dans ce cas, la divergence entre les deux langues n'est pas sans nous aider. En effet, il est évident au vu de l'usage alternatif des expressions : « relatif au présent Contrat » / « relatif à l'application du présent Contrat » que les parties au Contrat de concession ne cherchaient pas établir une distinction entre les deux dans le cadre du règlement d'un différend. En revanche, dans d'autres cas, les contradictions sont plus difficiles à réconcilier.

92. De manière générale, il existait peu de désaccords entre les Parties quant à l'approche à adopter pour l'interprétation de ces textes, même si elles étaient souvent en désaccord sur la solution. Tout d'abord, il a été convenu que, bien que le Contrat de concession ne soit pas un traité, il s'agit d'une convention régie par le droit international, un « contrat international » et que les principes du droit international en matière d'interprétation doivent donc être appliqués. Ensuite, le texte anglais et le texte français du Contrat de concession jouissent d'un statut égal « les deux textes faisant également foi ». Les Parties convenaient que les principes d'interprétation édictés par la Convention de Vienne sur le droit des traités (la « Convention de Vienne ») sont de nature déclaratoire, y compris en ce qui concerne des conventions entre États et parties privées, et qu'ils doivent donc être appliqués aux fins de résoudre toute divergence.
93. S'agissant des incohérences entre langues, le Tribunal est donc appelé à appliquer l'article 33 de la Convention de Vienne qui prévoit :

1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.

[...]

3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.
4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes.

94. En ce qui concerne la genèse de la rédaction du Contrat de concession, il n'existe aucun historique cohérent des négociations, mais toutes les parties ont renvoyé, à leurs propres fins, à la correspondance et aux autres dossiers de leurs négociations, et le Tribunal considère qu'ils peuvent être pris en compte, avec la prudence requise, par analogie avec les « travaux préparatoires » mentionnés à l'article 32 de la Convention de Vienne.
95. L'un des documents préparatoires les plus importants est la Consultation adressée aux maîtres d'œuvre, émise par les deux gouvernements le 2 avril 1985, qui fixe la base sur laquelle les gouvernements se proposaient de concéder une concession pour la construction et l'exploitation de la liaison fixe. La Consultation était purement indicative et était expressément soumise à négociations, ainsi qu'il résultait clairement du paragraphe 05.9 de la Consultation selon lequel :

Le présent document ne saurait engager la responsabilité des gouvernements qui se réservent la faculté de ne pas donner suite à la présente consultation.

96. Comme nous le verrons, à de nombreux égards, le Contrat de concession diffère du projet esquissé dans la Consultation. D'un point de vue formel, la Consultation ne fait pas partie des « travaux préparatoires », ni du Traité de Cantorbéry, et ne fait pas davantage partie du Contrat de concession. Néanmoins, dans la mesure où il y est fait référence dans le préambule au Contrat de concession, elle peut éclairer l'interprétation de ce dernier, notamment en ce qui concerne les stipulations non incluses dans le Contrat de concession ou en ce qui concerne le sens de termes utilisés dans les deux documents.

CHAPITRE IV – COMPÉTENCE ET DROIT APPLICABLE

A. DISPOSITIONS PERTINENTES DU TRAITE ET STIPULATIONS PERTINENTES DU CONTRAT DE CONCESSION

1. Compétence du Tribunal

97. La compétence du Tribunal est fondée sur l'article 40.1 du Contrat de concession, auquel il a déjà été fait référence. L'article 40.1 stipule :

40.1 À la demande de l'une quelconque des parties, tout différend relatif à l'application de la Concession survenant entre les concessionnaires ou l'un d'entre eux, et les concédants ou l'un d'entre eux, doit être soumis à un tribunal arbitral conformément aux dispositions de l'article 19 du Traité.

40.1 Any dispute between the Concessionaires or either of them and the Principals or either of them relating to this Agreement shall be submitted to arbitration in accordance with the provisions of Article 19 of the Treaty at the request of any party.

2. Source des droits et obligations des Parties

98. L'article 41 du Contrat de concession est intitulé « Droit applicable » mais l'article 41.1 traite en réalité de la source des droits et obligations respectifs des Parties. Il stipule :

41.1 Les relations entre les Concédants et les Concessionnaires sont soumises aux dispositions du Traité, mises en œuvre par la présente Concession, et à celles de la Concession.

3. Droit applicable

99. Le droit applicable par le Tribunal pour trancher les questions relevant de sa compétence est fixé par l'article 40.4, complété par les autres stipulations de l'article 41. Selon ces textes :

40.4 Conformément à l'article 19.6 du Traité, pour régler les différends relatifs à la Concession, il est fait application des dispositions pertinentes du Traité et de la Concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français ou de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit anglais ou de droit français. Il peut, en outre, être fait application des principes pertinents du droit

international et, si les parties au différend en sont d'accord, du principe d'équité.

[...]

41.2 Les Concessionnaires s'engagent à respecter les législations et réglementation applicables à tout moment dans chacun des deux États, y compris le droit communautaire, les dispositions du Traité, les protocoles et les accords additionnels établis en application du Traité qui leur sont applicables et toutes les règles, directives et demandes de toutes autorités compétentes et toutes conditions auxquelles les autorisations auront été soumises, notamment en matière de sûreté, de sécurité et d'environnement.

41.3 Les dispositions de l'article 37 sont applicables à un manquement aux dispositions législatives et réglementaires nationales ou communautaires qui constituerait également une méconnaissance des engagements de la présente Concession. En ce qui concerne l'article 41.2, seule une très grave violation des dispositions législatives et réglementaires nationales ou communautaires pourra être sanctionnée par la déchéance.

41.4 Les litiges relatifs à l'application des législations nationales relèvent des tribunaux nationaux ou de toute autre instance éventuellement autorisée par les droits nationaux.

B. LES POSITIONS DES PARTIES

100. Dans leurs mémoires, ainsi que dans leurs plaidoiries, les Parties ont consacré un effort important à ces stipulations et à l'explication du lien entre la compétence et le droit applicable, ainsi qu'aux questions de recevabilité des demandes qui y sont liées. Il est commode d'énumérer leurs arguments *seriatim*. On verra que ces arguments ont été compliqués du fait que les Parties ont mal apprécié la nature de l'article 41.1, qui ne traite pas du droit à appliquer par le Tribunal, mais de la source des droits et obligations des Parties selon le Contrat de concession – un élément qui pourrait, dans d'autres circonstances, rentrer sous la rubrique « droit applicable » mais ne lui est pas consubstantiel.

1. Arguments généraux concernant la compétence et le droit applicable

101. Les Demandeurs soutiennent que le droit applicable est constitué :

premièrement, [par] les dispositions du Contrat de [c]oncession proprement dit, ainsi que du Traité dont il découle ; deuxièmement, des principes pertinents du droit international ; et troisièmement, lorsque 'le recours à ces règles est commandé

par l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais', du droit français ou du droit anglais, selon le cas³².

Les Demandeurs cherchent à déduire de ceci une compétence du Tribunal pour appliquer un ensemble de traités et de règles du droit international général allant bien au-delà des stipulations expresses du Contrat de concession ou des dispositions expresses du Traité de Cantorbéry et s'étendant à certaines dispositions de traités bilatéraux ultérieurs concernant la liaison fixe (et en particulier du Protocole de Sangatte), ainsi que des règles du droit international général concernant la protection des investissements et les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'homme.

102. Il est vrai que les Demandeurs soutiennent également que le débat sur la question du droit applicable a des répercussions qui « s'avèrent en tout état de cause limitées »³³ dans la mesure où leurs demandes principales sont fondées sur une violation des stipulations du Contrat de concession. Toutefois, certains de leurs arguments clefs dépendent d'autres règles de droit international, que celles-ci soient issues de traités bilatéraux ou multilatéraux, auxquels les deux États sont parties, ou du droit international général.
103. Bien que les Demandeurs reconnaissent que « la formulation utilisée aux articles 19(1)(a) et (c) du Traité [c'est-à-dire, les différends 'relatifs à l'interprétation ou à l'application' du Traité] impose que toute action ait son fondement dans le Traité lui-même »³⁴, ils observent que la formulation plus large de l'article 19(1)(b) [c'est-à-dire celle « relative à la concession »] induit que, « s'il est requis que la demande présente un lien factuel avec la concession, il n'est pas nécessaire qu'elle repose sur une violation des stipulations de la concession »³⁵.
104. Les Demandeurs soutiennent que l'article 40.4 du Contrat de concession est la stipulation clef pour la détermination du droit applicable. A cet égard, ils renvoient à un document rédigé par le cabinet d'avocats Cameron McKenna, lequel assistait la société

³² Requête, para. 49 ; Mémoire des Demandeurs, para. 243.

³³ Réplique des Demandeurs, para. 30.

³⁴ Réplique des Demandeurs, para. 38 (traduction du greffe).

³⁵ Réplique des Demandeurs, para. 38.

The Channel Tunnel Group Limited lors des négociations du Contrat de concession, selon lequel « l'intention avait toujours été de fixer le droit applicable dans l'article 40.4 et que ceci avait été accepté dans la négociation par le gouvernement britannique »³⁶.

105. Selon les Demandeurs:

[Il] n'y a aucune raison de lire l'[article 40.1] comme ne couvrant que les cas dans lesquels l'action a pour fondement le Contrat de concession. Les faits du litige doivent être reliés de manière suffisamment étroite à la concession, mais les droits et obligations que les Demandeurs sont en droit d'invoquer et de voir retenir par le Tribunal peuvent trouver leur source et trouveront parfois leur source hors du Contrat de concession³⁷.

Cet argument est cohérent avec le point de vue selon lequel le Contrat de concession « devait donc constituer un contrat cadre que les parties auraient la possibilité de faire évoluer de manière appropriée sur toute sa durée »³⁸.

106. En revanche, selon les Demandeurs, l'article 41.1 présente un caractère « déclaratoire » : « [il] ne peut être compris que largement, comme stipulant que la relation entre concédants et concessionnaires est régie, entre autres, par les dispositions du Traité et que lesdites dispositions sont mises en œuvre par le Contrat »³⁹. Ainsi, l'article 41.1 ne fait pas obstacle à ce que les Demandeurs se fondent sur d'autres sources de droits et d'obligations que celles figurant au Contrat de concession et au Traité.

107. Selon les Demandeurs, la rédaction plus large de l'article 19(1)(b) signifie que les principes pertinents du droit international incluent non seulement les normes secondaires relatives à l'interprétation et à la responsabilité, mais également toute norme primaire imposant des obligations ou conférant des droits en ce qui concerne la Concession. La dernière phrase de l'article 19(6) prévoit également l'application du « principe d'équité » (sous réserve que les Parties au différend conviennent expressément de son application). Cette référence, rappelant l'article 36(2) du Statut de

³⁶ Transcription, Jour 1, p. 99 (traduction du greffe de la version originale anglaise, Jour 1, p. 100), faisant référence à la Note sur les négociations du Contrat de concession entre le 7 février et le 15 mars 1986, Réplique des Demandeurs, Annexe 268, p. 2.

³⁷ Transcription, Jour 8, pp. 7-8 (traduction du greffe de la version originale anglaise, Jour 8, p. 12).

³⁸ Réplique des Demandeurs, para. 65.

³⁹ Réplique des Demandeurs, para. 93.

la Cour internationale de justice, suppose que les principes du droit international incluent des normes de fond en vue de la décision et ne sont pas confinés aux normes secondaires.

108. Selon les Demandeurs, l'article 41.1 du Contrat de concession (qui ne mentionne pas le droit général international) doit être lu avec l'article 40.4 du Contrat de concession et l'article 19(6) du Traité. Restreindre les règles de fond en vue de la décision à celles contenues dans le Contrat de concession, selon les Demandeurs « serait contraire au contexte, à l'objet et au but du Contrat de concession »⁴⁰.
109. Les Demandeurs soulignent que l'arbitrage international était dès le début envisagé comme une garantie de l'intégrité de l'investissement. L'article 11.5 de la Consultation indiquait que les différends seraient réglés par voie d'« arbitrage sur la base du droit international général »⁴¹. Ceci ne supposait pas l'exclusion des normes primaires du droit international.
110. Partant du postulat que « les principes pertinents du droit international » peuvent être appliqués, les Demandeurs renvoient pour l'essentiel à quatre jeux de normes distincts :
- Le Protocole de Sangatte et l'Accord particulier de sûreté. Les Demandeurs énoncent trois raisons à l'appui de leur point de vue selon lequel le Protocole de Sangatte et l'Accord particulier de sûreté sont directement applicables et constituent une source de droits. En premier lieu, « la référence au Traité à l'article 40.4 devrait être interprétée comme incluant ses Protocoles et accord additionnels »⁴². Dans le cas contraire, cela signifierait que le cadre juridique de la concession est figé sous sa forme existant en 1986, proposition qu'il est difficile de concilier avec la longue durée de la concession. En outre, le Traité lui-même (article 1(1)) envisage des « Protocoles et accords additionnels »⁴³. En deuxième lieu, « la référence au droit international mentionnée à l'article 40.4 inclut d'autres instruments du droit international ayant force obligatoire »⁴⁴ (tels que le Protocole

⁴⁰ Réplique des Demandeurs, para. 94.

⁴¹ Réplique des Demandeurs, para. 58, citant Consultation pour le développement, le financement, la construction et l'exploitation d'une liaison fixe traversant la Manche entre le Royaume-Uni et la France, Réplique des Demandeurs, Annexe 6.

⁴² Réplique des Demandeurs, para. 97.

⁴³ Réplique des Demandeurs, para. 99.

⁴⁴ Réplique des Demandeurs, para. 97 (traduction du greffe).

de Sangatte et l'Accord particulier de sûreté). En troisième lieu, « le Protocole de Sangatte et l'Accord particulier de sûreté disposent eux-mêmes que les Demandeurs sont en mesure de faire valoir des demandes au titre de ces accords »⁴⁵.

- Le droit général international sur la protection des investissements. Selon les Demandeurs, « [d]ans le cadre de la présente affaire, les principes pertinents du droit international comprennent les principes du droit international relatif à la protection des investisseurs étrangers et de leurs investissements »⁴⁶. Ils indiquent que « à l'égard des deux gouvernements, les concessionnaires doivent [...] être traités comme des investisseurs étrangers et la concession comme un investissement étranger »⁴⁷. En particulier, ils s'appuient sur les principes de pleine protection et de sécurité, ainsi que de traitement équitable des investisseurs (avec une référence particulière à la protection des attentes légitimes), de garantie contre l'expropriation et du principe de non discrimination.
- La Convention européenne des droits de l'homme et son premier protocole. Les Demandeurs s'appuient également sur l'article 1 du premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme (protection de la propriété) lu en parallèle avec l'article 14 de la Convention⁴⁸.
- Les principes français des contrats administratifs. Les Demandeurs soutiennent également que « s'agissant d'un contrat de concession de travaux publics conclu par le gouvernement français, le droit français des contrats administratifs est pertinent en tant que source des principes généraux de droit entrant dans le champ du droit international visé à l'article 40.4 du Contrat de concession »⁴⁹. En droit français, est-il soutenu, un haut niveau de protection est conféré aux concessionnaires dans le cadre des contrats administratifs et une protection équitable leur est en particulier assurée de manière implicite. Les Demandeurs soutiennent également que le Contrat de concession devrait être interprété par référence au concept de contrat administratif en droit français⁵⁰. Bien que les concessionnaires « ne prétendent pas que le droit des contrats administratifs français [soit] applicable au Contrat de concession, [ils] affirment en revanche que

⁴⁵ Réplique des Demandeurs, para. 97.

⁴⁶ Mémoire des Demandeurs, para. 320.

⁴⁷ Mémoire des Demandeurs, para. 325.

⁴⁸ Mémoire des Demandeurs, paras. 367-376.

⁴⁹ Réplique des Demandeurs, para. 108.

⁵⁰ Réplique des Demandeurs, para. 109 et s.

les principes du droit français doivent être pris en compte dans l'interprétation des stipulations cadres du Contrat de concession »⁵¹.

111. Pour sa part, le Royaume-Uni considère que les demandes énumérées ci-dessous n'entrent pas dans le champ du droit applicable à la présente procédure et sont, soit en dehors de la compétence du Tribunal, soit irrecevables :

- les demandes relatives à l'interprétation ou à l'application du Traité en lui-même, par opposition aux demandes relatives aux dispositions du Traité mises en œuvre par le Contrat de concession ;
- les demandes relatives à l'interprétation ou à l'application du Protocole de Sangatte ;
- les demandes relatives à l'interprétation ou l'application de l'Accord particulier de sûreté ;
- les demandes relatives à des règles de droit anglais sauf lorsque le recours à ces règles est nécessaire aux fins de l'exécution d'obligations particulières ;
- les demandes nées au titre de normes primaires de droit international auxquelles le Contrat de concession ne donne pas expressément effet. Sont exclues en particulier les demandes avancées par les concessionnaires relatives au prétendu « devoir de l'État hôte » (d'accorder à l'investisseur étranger et à son investissement un traitement loyal et équitable, d'accorder à l'investisseur étranger et à son investissement une pleine protection et sécurité, de ne pas pratiquer de discrimination à l'encontre de l'investisseur étranger et/ou de ses investissements en fonction de sa nationalité ou de toute autre raison arbitraire, et de ne pas exproprier l'investissement, ou d'adopter un comportement équivalent à une expropriation, sauf dans l'intérêt public, sur une base non discriminatoire et en échange du paiement rapide d'une indemnité appropriée et effective) ;
- les demandes nées au titre de normes primaires de droit international auxquelles le Contrat de concession ne donne pas expressément effet. Sont exclues en particulier les demandes avancées par les concessionnaires relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention européenne des Droits de l'homme et de son premier Protocole⁵².

⁵¹ Réplique des Demandeurs, para. 129. Voir également Transcription, Jour 1, p. 65 (traduction de la version originale anglaise, Jour 1, p. 65).

⁵² Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.61.

112. Le Royaume-Uni soutient en particulier que l'article 40.1 du Contrat de concession et l'article 19(1) du Traité prévoient une procédure arbitrale entre les concessionnaires et les gouvernements uniquement en ce qui concerne les différends relatifs au Contrat de concession. « [C]onformément à l'article 40.1, le type de différend qui peut être soumis est un différend lié au Contrat de concession et non un différend lié à la concession et ceci est une distinction fondamentale »⁵³. Les différends entre les concessionnaires et les gouvernements relatifs à l'interprétation ou à l'application du Traité, en tant que tels, sont expressément en dehors du champ de cette procédure et sont exclus des stipulations en matière de règlement des différends. Selon le Royaume-Uni, « [l]e Traité est un instrument facultatif, portant avant tout sur la réglementation des questions juridictionnelles entre les deux gouvernements découlant de la liaison fixe et de la concession future »⁵⁴ et n'offre pas de « fondement juridictionnel pour régler des différends survenant entre les [c]oncessionnaires et les [g]ouvernements [...] »⁵⁵. Cette interprétation trouve une justification supplémentaire dans la dernière phrase de l'article 19(2)(f) du Traité. Le Royaume-Uni accepte le fait que le Traité puisse être pertinent aux fins de l'interprétation du Contrat de concession, mais ajoute que « [l'] exercice d'interprétation ne peut servir de fondement à une révision à grande échelle des termes exprès du Contrat de concession ou à l'utilisation de droits et d'obligations qui n'apparaissent pas autrement dans le texte »⁵⁶.

113. En résumé, en ce qui concerne les autres normes primaires ou de fond sur lesquelles s'appuient les Demandeurs, le Royaume-Uni conclut de la manière suivante :

en l'absence d'une preuve manifeste à cet effet, on ne peut assumer que les parties au traité [...] aient eu l'intention d'accepter un régime juridictionnel qui, du fait d'une interprétation extensive d'un article concernant le droit applicable, serait converti en une clause juridictionnelle très large et inconditionnelle sans limitation *ratione materiae*⁵⁷.

114. Le point de vue de la France est similaire à celui du Royaume-Uni. Elle soutient en effet que :

- (i) à titre principal, s'appliquent les normes du contrat de concession, ainsi que celles du Traité qui y sont mises en œuvre ; et les principes pertinents du

⁵³ Transcription, Jour 3, p. 35 (traduction du greffe de la version originale anglaise, Jour 3, p. 36).

⁵⁴ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 2.11 (traduction du greffe).

⁵⁵ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.5 (traduction du greffe).

⁵⁶ Duplique du Royaume-Uni, para. 2.47 (traduction du greffe).

⁵⁷ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.51 (traduction du greffe).

droit international entendus au sens de l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, mais limités aux seules normes secondaires du droit international ;

- (ii) à titre subsidiaire, s'appliquent les droits nationaux lorsque les dispositions du contrat de concession invoquées par les parties à l'appui de leurs prétentions y renvoient expressément⁵⁸.

Selon la France, aussi bien le Traité que le Contrat de concession ont été adoptés au sein d'un ordre juridique international et sont ainsi « détachés »⁵⁹ des ordres juridiques internes des deux États contractants. En vertu de l'article 40.4 du Contrat de concession, les Parties sont expressément convenues que le Tribunal devrait appliquer en premier lieu les règles du Contrat de concession, ainsi que celles du Traité « qui y sont mises en œuvre »⁶⁰ conformément aux stipulations figurant à l'article 41.1 du Contrat de concession.

115. La France soutient que l'intention des Parties n'était pas de prévoir l'applicabilité, dans la présente procédure d'arbitrage, d'instruments juridiques liés à la Concession, tel que le Traité, le Protocole de Sangatte et l'Accord particulier de sûreté. En effet, la référence au « Traité » à l'article 40.4 du Contrat de concession n'inclut pas ces deux derniers instruments. De même, selon la France, la référence au « droit international » ne peut être interprétée comme une référence au Protocole de Sangatte ou à l'Accord particulier de sûreté⁶¹. L'article 46(1) du Protocole de Sangatte ne prévoit pas de droits supplémentaires pour les Demandeurs⁶².

116. Ainsi, les deux gouvernements estiment que les Demandeurs ne sauraient se prévaloir des autres règles de droit international, conventionnel et coutumier, qu'ils invoquent. En tout état de cause, ils soutiennent que ces règles n'aident pas les Demandeurs. En effet, soit ces règles (comme pour le Protocole de Sangatte et l'Accord particulier de sûreté) n'établissent aucun droit en faveur des Demandeurs, qui ne sont pas parties à ces instruments, soit (comme pour les règles du droit international relatif aux investissements étrangers) ces règles ne sont pas applicables dans la mesure où les

⁵⁸ Contre-Mémoire de la France, para. 1.2.91.

⁵⁹ Contre-Mémoire de la France, para. 1.2.57.

⁶⁰ Contre-Mémoire de la France, para. 1.2.63.

⁶¹ Duplique de la France, paras. 2.1.46-2.1.47.

⁶² Duplique de la France, paras. 2.1.48 et s.

concessionnaires ne sont pas des investisseurs étrangers vis-à-vis de leur pays d'origine. En tout état de cause, ajoutent-ils, il n'y a eu aucune violation de ces principes.

117. Les Parties sont également en désaccord sur la possibilité d'appliquer des règles de droit anglais et français en tant que telles.
118. Les Demandeurs notent que le Tribunal a la faculté d'appliquer les règles de droit anglais ou de droit français dans la mesure « nécessaire à la mise en œuvre de certaines obligations spécifiques »⁶³. Ils soutiennent que le droit anglais et le droit français sont pertinents à deux égards différents :

[D]'abord, l'examen de la législation pertinente et des principes juridiques de chaque système de droit établit que les deux gouvernements disposaient des *pouvoirs* nécessaires pour protéger les concessionnaires comme l'exigent les Instruments de la Concession et les principes pertinents du droit international. Deuxièmement, il résulte de cet examen que les gouvernements avaient des *obligations* nationales qui leur imposaient de prendre les mesures nécessaires, et que leur omission de le faire a entraîné une violation desdites obligations nationales⁶⁴.

(souligné dans l'original anglais du Mémoire des Demandeurs).

Selon les Demandeurs, aucune stipulation de l'article 40.4 du Contrat de concession ne limite l'application des législations nationales aux seules situations dans lesquelles le Contrat de concession y fait spécifiquement référence. Le droit national est applicable chaque fois qu'il est pertinent dans le cadre de l'exécution des obligations au titre du Contrat de concession.

119. Selon le Royaume-Uni, le Tribunal n'est compétent pour interpréter et appliquer les règles de droit anglais que dans la mesure où le « 'recours à ces règles est nécessaire' pour l'exécution d'obligations particulières en vertu du droit anglais »⁶⁵. Le Royaume-Uni soutient que « lorsque l'application de règles de fond spécifiques du droit anglais est expressément commandée par le Contrat de concession, l'article 40.4 et l'article 19(6) doivent être interprétés comme prévoyant l'application de ces règles »⁶⁶. Dans

⁶³ Mémoire des Demandeurs, para. 377.

⁶⁴ Mémoire des Demandeurs, para. 378 (traduction du greffe).

⁶⁵ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.44.

⁶⁶ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.60.

tous les autres cas, la référence au recours aux règles de droit anglais peut être « interprétée comme autorisant le recours à ces règles afin d'évaluer si le Royaume-Uni a assumé ses obligations aux termes du Contrat de concession », mais ne peut être utilisée « dans le but de l'incorporation radicale des règles de fond du droit anglais dans la relation entre les Parties aux termes du Contrat de concession »⁶⁷.

120. En ce qui concerne plus précisément le fait que les Demandeurs se fondent sur le concept de contrat administratif, le Royaume-Uni soutient que même s'il est possible qu'existent « certaines similarités entre le Contrat de concession et un contrat administratif [...] les différences sont fondamentales »⁶⁸. En particulier, il met en avant l'article 2.1 du Contrat de concession qui stipule que les concessionnaires exercent leurs droits « à leurs risques », « sans appel à des fonds gouvernementaux ou à des garanties gouvernementales » et « quels que soient les aléas rencontrés durant la Concession ». Cette stipulation expresse exclut toute référence à un quelconque principe implicite de protection.
121. La France soutient que lorsque le Contrat de concession « prévoit, pour l'exécution de certaines obligations spécifiquement déterminées, l'application des droits nationaux, le Tribunal peut y recourir pour apprécier la licéité des comportements des parties »⁶⁹. Selon la France ou bien la « disposition du Contrat de concession invoquée par une partie au différend renvoie aux droits nationaux, et le Tribunal arbitral peut, 's'il y a lieu' en faire application ; ou bien la disposition du contrat de concession en cause n'est pas expressément régie par les droits nationaux, et ceux-ci ne sont dès lors pas applicables par le Tribunal »⁷⁰.
122. La France rejette également les arguments des Demandeurs en ce qui concerne le droit français des contrats administratifs comme étant sans pertinence dans le cadre du présent différend⁷¹. Tout comme le Royaume-Uni, elle rejette toute obligation d'ordre général en matière de « protection » en faveur des concessionnaires au titre du Contrat de concession. Selon la France, l'article 2.1 du Contrat de concession ne fait

⁶⁷ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.60 (traduction du greffe). Voir également Duplique du Royaume-Uni, para. 2.40.

⁶⁸ Duplique du Royaume-Uni, para. 2.52 (traduction du greffe).

⁶⁹ Contre-Mémoire de la France, para. 1.2.84.

⁷⁰ Contre-Mémoire de la France, para. 1.2.86.

⁷¹ Duplique de la France, paras. 2.1.72 et s.

aucunement référence à un tel droit à protection⁷². En droit international, des obligations imposées à un État souverain ne peuvent se présumer.

2. Compétence pour la demande relative à SeaFrance et recevabilité de cette demande

123. Au-delà des arguments de nature générale relatifs à la compétence et au droit applicable, il existe une question spécifique concernant la demande relative à SeaFrance.
124. La première objection de la France à la compétence du Tribunal s'agissant de cette demande est qu'aucun différend n'est né entre les Parties sur la question de son prétendu soutien à la société SeaFrance antérieurement au dépôt de la Requête d'arbitrage. La France avance que l'« unique fonction [du Tribunal est] de trancher les différends entre les parties relatifs à l'application de la Concession et non de se prononcer sur toute question incidemment soulevée par les demandeurs »⁷³. En droit international, un différend doit être né entre les parties au moment où la Requête est déposée⁷⁴. A cet égard, elle invoque la décision de la Cour permanente de justice internationale (« CPJI ») rendue dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, dans laquelle aucune des demandes présentées par la Belgique n'a été jugée recevable car aucune n'avait été communiquée à la Bulgarie avant que la Requête soit déposée⁷⁵.
125. Dans la présente affaire, la France soutient qu'il n'existait pas de différend entre les Parties sur ce point antérieurement au dépôt de la Requête. Aucune demande n'a en fait été formellement présentée et la question n'a jamais été portée à l'attention de la C.I.G.. Au plus, les Demandeurs avaient simplement fait part de leur « souci » au sujet de la situation. La France écarte la correspondance produite par les Demandeurs à l'appui de leur réclamation : ces documents ne devraient pas être considérés comme des « demandes » au regard du droit international, car ils ne constituent pas une véritable « requête »⁷⁶. Une telle « demande » est réputée exister si une requête est présentée par

⁷² Duplique de la France, paras. 2.2.19 et s.

⁷³ Contre-Mémoire de la France, para. 3.1.6.

⁷⁴ Duplique de la France, paras. 4.1.3.-4.1.16.

⁷⁵ C.P.J.I. (séries A/B No 77, *Rec.* 1939), p. 83. Voir également Sentence arbitrale, 20 janvier 1959, *Di Curzio*, R.S.A., vol. XIV, p. 392.

⁷⁶ Duplique de la France, paras. 4.1.17-4.1.22.

une partie et rejetée par l'autre⁷⁷, mais, dans la présente affaire, ces deux éléments font défaut.

126. Le Royaume-Uni, pour sa part, observe que dans la correspondance limitée concernant la demande relative à SeaFrance ne figure pas la moindre allégation selon laquelle le Royaume-Uni aurait pu ou aurait dû faire quelque chose. Selon lui, ceci est décisif pour la recevabilité de la demande, au moins en ce qui concerne le Royaume-Uni.
127. Selon les Demandeurs, il n'existe aucun doute quant au fait qu'un différend entre les Parties relatif au soutien à la société SeaFrance existait bien avant le dépôt de la Requête. Les Demandeurs renvoient à des échanges de courriers qui, selon eux, démontrent l'existence d'un tel différend. Les Demandeurs indiquent qu'ils ont également porté ce point à l'attention de la C.I.G, encore que ceci n'ait pas fait l'objet de procès-verbaux⁷⁸.
128. Les Demandeurs soutiennent en outre qu'il n'existe aucune exigence selon laquelle un différend doit être né avant le dépôt de la requête d'arbitrage. Quelle qu'ait été la position adoptée par la CPJI, la jurisprudence de la Cour internationale de justice a rejeté une approche formaliste⁷⁹.
129. En tout état de cause, ils soulignent qu'il ne peut y avoir aucun doute quant au fait qu'un différend existe actuellement :

quand bien même le Tribunal rejetterait la demande relative à SeaFrance sur ce fondement, cette demande serait immédiatement réintroduite par les concessionnaires. Ceci créerait une situation dans laquelle deux arbitrages se dérouleraient simultanément – situation économiquement et juridiquement absurde qui ne serait dans l'intérêt de personne⁸⁰.

⁷⁷ Duplique de la France, para. 4.1.18.

⁷⁸ Selon la Réplique des Demandeurs, para. 733, la C.I.G. fut informée de leurs préoccupations au sujet des subventions. M. Alain Bertrand indique qu'il a soulevé la question du financement des transbordeurs supplémentaires au cours de réunions informelles de la C.I.G., bien que celles-ci n'aient pas l'objet de procès-verbaux : Deuxième attestation de M. Alain Bertrand, liasse C, onglet 7, paras. 6, 34.

⁷⁹ Voir Réplique des Demandeurs, paras. 717 et s., et Transcription, Jour 2, pp. 120-123 (traduction de la version originale anglaise, Jour 2, pp. 120-123).

⁸⁰ Réplique des Demandeurs, para. 735.

130. Indépendamment de la question procédurale, la France soutient que le grief des Demandeurs au sujet de la distorsion de concurrence résultant de son prétendu soutien illicite à la société SeaFrance est régi par le droit communautaire de la concurrence en vertu de l'article 87 du Traité instituant la Communauté européenne (« Traité CE »). En vertu de l'article 41.1 du Contrat de concession, le droit communautaire n'est pas applicable à la relation entre les Parties, et l'article 40.4 du Contrat de concession ne mentionne pas davantage les règles de droit communautaire parmi les règles juridiques applicables par le Tribunal. En fait, le Traité CE empêcherait un tribunal arbitral de trancher un différend concernant le respect par des États de leurs obligations en vertu du droit communautaire.
131. La France relève que les Demandeurs ont à présent changé leur point de vue et ne demandent plus au Tribunal de se prononcer sur la question d'une violation éventuelle du droit communautaire de la concurrence. En revanche, ils poursuivent leur demande en invoquant de prétendues violations du Contrat de concession. La France qualifie cette manœuvre de « tour de passe-passe consistant à déguiser un litige de droit communautaire en un litige relevant du Contrat de concession »⁸¹.
132. Selon les Demandeurs, la compétence du Tribunal n'est pas limitée à des « demandes fondées sur les dispositions du Contrat de concession »⁸². Ainsi, « des demandes peuvent également être introduites sur d'autres fondements juridiques que le Contrat de concession dans la mesure où elles portent sur des faits qui peuvent y être rattachés »⁸³. Les Demandeurs estiment que la lecture restrictive de la France est « en contradiction totale avec le contexte, l'objet et le but du Contrat de concession »⁸⁴.
133. Selon les Demandeurs, l'une des pierres angulaires du Contrat de concession était que la « capacité à générer les flux de recettes nécessaires au financement de l'investissement des concessionnaires ne devait pas être compromise par l'octroi de financement public ou de facilités quelconques aux opérateurs transmanche concurrents, tels que SeaFrance »⁸⁵. Les Demandeurs notent que les obligations qui leur ont été imposées en

⁸¹ Duplique de la France, para. 4.1.28.

⁸² Réplique des Demandeurs, para. 738.

⁸³ Réplique des Demandeurs, para. 738 (traduction du greffe).

⁸⁴ Réplique des Demandeurs, para. 742.

⁸⁵ Réplique des Demandeurs, para. 743.

vertu du Contrat de concession les rendent plus vulnérables aux fluctuations du marché que des opérateurs économiques ordinaires dans la mesure où ils « ne disposent que d'un seul actif et [que] leur survie dépend entièrement de la rentabilité de cet actif »⁸⁶. Ils soutiennent que l'assistance prêtée par la France à la société SeaFrance « n'est pas simplement une question d'équilibre de la concurrence sur le marché du transport transmanche », mais que l'octroi de cette aide « s'est traduit par un véritable bouleversement de la structure même de la Concession »⁸⁷. En ce sens, la présente demande se rapporte directement au Contrat de concession et ne conduit pas à transférer une réclamation relevant du droit communautaire de la concurrence à un tribunal incompétent.

C. L'ANALYSE DU TRIBUNAL

134. Dans les discussions au sujet de la compétence des tribunaux internationaux, des distinctions sont établies entre la compétence sous ses différents aspects (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*), la recevabilité et la portée du droit applicable. De telles distinctions, aussi valables soient-elles, sont toutefois susceptibles d'être source de difficultés dans des contextes particuliers. Beaucoup dépend en effet de la formulation particulière des instruments dont le tribunal tient son autorité et de la source des droits et des obligations en jeu. Dans la présente affaire, la principale question n'est pas celle du droit à appliquer par le Tribunal, mais celle de la source des droits et obligations des Parties. Ainsi que le Tribunal l'a déjà observé, ce point est expressément couvert par l'article 41.1.

135. Dans la présente affaire, trois questions doivent être distinguées :

- (1) Existait-il un « différend » entre les Demandeurs et l'un des Défendeurs – ou les deux – qui était déjà né à la date de la Requête d'arbitrage ?
- (2) Les Demandeurs ont-ils soumis des demandes relevant de l'article 40.1 du Contrat de concession en ce qui concerne un tel différend éventuel ?
- (3) Le fait que certaines procédures ont été soumises à d'autres instances, ou qu'elles auraient pu l'être, en vertu de l'article 41.4 du Contrat de concession affecte-t-il la capacité du Tribunal de céans à statuer sur les demandes ?

⁸⁶ Réplique des Demandeurs, para. 749 (traduction du greffe).

⁸⁷ Réplique des Demandeurs, para. 747.

Dans sa réponse à ces questions, le Tribunal appliquera la norme formulée dans l'*Affaire des plates-formes pétrolières*, adoptée depuis lors par d'autres tribunaux internationaux⁸⁸. En d'autres termes, la question qu'il convient de se poser est la suivante : les violations invoquées par les Demandeurs relèvent-elles ou non des stipulations du Contrat de concession, seul document fondant la compétence du Tribunal ?

1. Existait-il un « différend » entre les Demandeurs et les Défendeurs quant à chacune des demandes ?

136. Il doit être relevé au préalable que, bien que les Demandeurs aient soumis la demande relative à Sangatte et la demande relative à SeaFrance dans le cadre d'un seul différend, il s'agit en réalité de deux différends bien distincts. Ils impliquent en effet différents actes ou carences des Défendeurs, ainsi que différentes stipulations du Contrat de concession et également (dans la mesure où celles-ci peuvent être applicables) différentes règles de droit international. Les questions de compétence et de recevabilité doivent donc être envisagées séparément pour chacune de ces demandes.
137. L'article 40.1 du Contrat de concession renvoie à « [t]out différend relatif à l'application de la Concession survenant entre les concessionnaires [...] et les concédants » (« *[a]ny dispute between the Concessionaires or either of them and the Principals or either or them relating to this Agreement* »). Il couvre donc les différends nés à la date de la Requête d'arbitrage, à savoir le 17 décembre 2003.
138. Il est incontestable qu'un différend subsistait entre les Demandeurs et les Défendeurs en ce qui concerne les différents aspects de la Demande relative à Sangatte. Les concessionnaires écrivirent aux gouvernements et à la C.I.G. les 17 et 26 mars 2003, cherchant, chacun pour leur part, à entamer des négociations en vue de parvenir à un éventuel règlement de leurs demandes liées au phénomène d'immigration clandestine.

⁸⁸ C.I.J., affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *Exception préliminaire*, arrêt du 12 décembre 1996, *Rec.* 1996, p. 803, à la p. 810 (para. 16). Voir également C.I.J., affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, *Rec.* 1999, p. 124, à la p. 137 (para. 38) ; et pour d'autres tribunaux, voir par exemple *United Parcel Services of America Inc. v. Government of Canada* (2002) 7 – CIRDI – Rapports 285, 296-7 ; *SGS Société générale de surveillance SA v. Republic of the Philippines* (2004) 8 – CIRDI – Rapports 515, 523-524.

La C.I.G. répondit le 11 juin 2003 indiquant qu'elle ne pouvait répondre favorablement à une telle requête.

139. Aucune de ces mesures formelles ne fut prise en ce qui concerne la demande relative à SeaFrance. Il pourrait être avancé que les actes de la France ou des pouvoirs publics français ne relevaient pas de la responsabilité particulière de la C.I.G. et qu'une approche différente de cette question aurait raisonnablement pu être adoptée. La mission de la C.I.G. aux termes de l'article 10 du Traité est vaste et elle aurait certainement pu prendre en considération une plainte de cette nature ; plus spécifiquement, la C.I.G. était le canal évident pour informer le Royaume-Uni de ces questions et chercher à obtenir son appui. Il est vrai que les concessionnaires ont écrit à deux reprises au ministre français compétent pour se plaindre des subventions. Le premier courrier, daté du 17 février 1999, faisait part d'une « inquiétude » au sujet des subventions octroyées aux sociétés P & O/Stena et SeaFrance (et de celles envisagées) et demandait un traitement égal ou, mieux encore, la suppression de toutes les subventions⁸⁹. Il semble qu'il n'y ait eu aucun suivi. Le second courrier, daté du 4 février 2003, faisait référence à la plainte relative aux aides d'État déposée par la société P & O auprès de la Commission européenne. Il indiquait qu'« Eurotunnel n'avait pas souhaité à l'époque s'associer à une telle action contre l'État », mais notait néanmoins que l'impact de la subvention accordée à la société SeaFrance sur les prix du marché transmanche avait été sensible⁹⁰. Le courrier se référait au Contrat de concession sans se prévaloir expressément d'une violation dudit Contrat, mais elle exprimait une « vive inquiétude » en ce qui concerne l'octroi direct ou indirect d'aides d'État à SeaFrance.
140. En revanche, le dossier ne comporte aucune lettre ou communication de quelque nature que ce soit, adressée au Royaume-Uni au sujet du défaut à agir de ce dernier dont les Demandeurs se plaignent à présent⁹¹.
141. Il est donc compréhensible que la France et, *a fortiori*, le Royaume-Uni, soutiennent qu'aucun différend réel n'existait au sujet de SeaFrance avant le début de la présente procédure d'arbitrage. Quoique formel sans doute, ce point est loin d'être mineur : la

⁸⁹ Lettre de M. Patrick Ponsolle à M. Jean-Claude Gayssot du 17 février 1999, liasse H, p. 4313.

⁹⁰ Lettre de M. Richard Shirrefs à M. Francis Mer du 4 février 2003, liasse H, p. 4701.

⁹¹ Lettre de M. Patrick Ponsolle à M. Jean-Claude Gayssot du 17 février 1999, liasse H, p. 4313, renvoie à un autre courrier adressé par Eurotunnel au ministre britannique des transports, M. John Prescott, protestant contre les exemptions de cotisations sociales dont bénéficiait apparemment P & O/Stena. Ce dernier courrier n'a pas été produit dans le cadre de la procédure.

demande relative à SeaFrance représente en effet 90 % du montant total réclamé à titre de dommages et intérêts dans la présente affaire, à savoir environ 458 millions de livres sterling. Pour répondre à cet argument, les Demandeurs renvoient à la lettre du 4 février 2003, mais leur argument essentiel est que, même si des défauts sur le plan formel existaient, de tels défauts n'empêchent pas les tribunaux internationaux de se prononcer sur un différend s'il peut facilement être remédié à ces défauts en déposant une nouvelle requête. Ils observent que la Cour internationale de justice a appliqué ce principe en de nombreuses occasions et récemment dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, dans laquelle elle indiquait :

Enfin, la Cour se penchera sur l'argument du Rwanda selon lequel la déclaration de sa ministre de la justice ne pouvait de toute manière avoir aucune incidence sur la question de la compétence de la Cour dans la présente espèce, du fait qu'elle avait été prononcée près de trois années après l'introduction de l'instance. A cet égard, la Cour rappellera que, selon une jurisprudence constante, sa compétence doit certes s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance [...] mais qu'elle ne doit pas sanctionner un défaut de procédure auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, para. 26). En l'occurrence, si la déclaration de la ministre rwandaise avait, en cours d'instance, emporté, d'une manière quelconque, retrait de la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide, la RDC aurait pu, de sa propre initiative, remédier au défaut procédural affectant sa requête initiale en déposant une nouvelle requête⁹².

D'autre part, la Cour avait estimé qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur les demandes du Congo au titre d'un certain nombre de traités dans des circonstances dans lesquelles le Congo n'avait fait aucune tentative aux fins de se prévaloir de ces traités avant le début de la procédure d'arbitrage, ni aux fins de se conformer à d'autres dispositions procédurales desdits traités⁹³. Ainsi, lorsque la compétence est subordonnée à des conditions préalables – telle l'existence d'un différend comme prévu à l'article 40.1 du Contrat de concession – de telles conditions ne sauraient être ignorées.

⁹² Arrêt du 3 février 2006, para. 54, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>.

⁹³ *Ibid.*, paras. 91-92 (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes), 99-100 (Constitution de l'OMS), 108 (Acte constitutif de l'Unesco), 118-119 (Convention de Montréal).

142. Il est établi qu'une partie à une procédure internationale ne peut créer un différend du seul fait de sa requête d'arbitrage, et ce même dans les cas où un tel différend, s'il avait existé, aurait été de la compétence du tribunal et serait, par conséquent, susceptible de pouvoir faire l'objet d'une nouvelle requête à la suite de nouveaux échanges entre les parties⁹⁴. En revanche, les tribunaux internationaux ont été disposés dans le passé à reconnaître l'existence d'un différend à partir d'échanges généraux de correspondance montrant une divergence de points de vue, sans pour autant exiger que la demande ait été formulée avec une quelconque spécificité. Dans le cas des différends interétatiques au titre du Traité, l'article 19(1)(a) dispose que le différend doit ne pas avoir été réglé par des consultations dans les trois mois. Il n'existe aucune disposition équivalente applicable aux différends entre les concessionnaires et les gouvernements relatifs au Contrat de concession (article 19(1)(b)) et, en conséquence, aucune autre condition procédurale à l'arbitrage. La présente affaire est très proche de la limite, mais à tout prendre, le Tribunal estime qu'à la suite de la lettre du 4 février 2003 et des autres démarches des concessionnaires, un différend existait bien entre eux et le gouvernement français portant au moins sur la question des subventions, et que ce différend était relatif au Contrat de concession aux fins des stipulations de l'article 40.1.
143. Il n'est pas possible de parvenir à la même conclusion s'agissant du Royaume-Uni. Il semble en effet qu'il n'y ait eu ni communication sur le sujet entre les concessionnaires et le Royaume-Uni préalablement à la Requête, ni tentative de soumettre formellement la question à la C.I.G., ni indication préalable, par un quelconque moyen ou en une quelconque enceinte de ce que le Royaume-Uni aurait pu négliger de faire pour ce qui est de la question des subventions accordées à la société SeaFrance. Selon le Tribunal, aucun différend n'existait entre les concessionnaires et le Royaume-Uni en ce qui concerne la demande relative à SeaFrance au moment de la Requête et, par conséquent, cet aspect de la demande ne relève pas de la compétence du Tribunal.

2. Les demandes relèvent-elles de l'article 40.1 du Contrat de concession ?

144. La seconde question porte sur le fait de déterminer si les demandes présentées dans la Requête d'arbitrage relèvent de la compétence *ratione materiae* du Tribunal telle que prévue à l'article 40.1 du Contrat de concession.

⁹⁴ Voir C.P.J.I., *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, (séries A/B) No 77, *Rec.* 1939, p. 83.

145. Le Tribunal a déjà mentionné la divergence entre les expressions « différend [...] relatif à la Concession » et « différend [...] relatif à l'application de la Concession » dans les textes français et anglais de l'article 40. Ainsi qu'exposé au paragraphe 91 ci-dessus, les deux expressions sont utilisées de manière interchangeable dans les deux versions de l'article 40. Il est vrai que l'expression « différend [...] relatif à la concession » pourrait être susceptible d'une interprétation très large, couvrant n'importe quel fait ou événement ayant un effet substantiel sur la liaison fixe ou sur son exploitation. Il est toutefois évident que ce n'est pas le sens que les parties entendaient conférer à cette expression. Un différend ne saurait être regardé comme concernant l'application d'un instrument juridique tel que le Contrat de concession à moins que ledit instrument soit directement en cause en tant que source de droits et d'obligations des parties qui sont en jeu dans le différend.
146. Cette interprétation est confortée par le cadre général du Contrat de concession et son rôle dans ses rapports avec d'autres instances, et en particulier avec les tribunaux des deux Parties. Le Contrat de concession est un accord autonome régi par le droit international et il ne comporte aucune exigence selon laquelle les concessionnaires devraient épuiser les recours internes avant de recourir à l'arbitrage international en vertu de l'article 40. En revanche, un tribunal constitué en vertu de l'article 40 n'a pas compétence exclusive sur les matières concernant le Contrat de concession. Au contraire, l'article 41.4 envisage expressément que « les litiges relatifs à l'application des législations nationales relèvent des tribunaux nationaux ou de toute autre instance éventuellement autorisée par les droits nationaux ».
147. Ainsi, le Contrat de concession envisage une forme de parallélisme. L'application et la mise en œuvre des droits nationaux (y compris du droit communautaire) relève des tribunaux de droit commun ou des autres instances disponibles en vertu des droits nationaux. Cependant, existe également la possibilité de recourir à l'arbitrage international conformément à l'article 19 du Traité. Les instruments régissant la présente affaire sont « les dispositions du Traité, mises en œuvre par la présente Concession et [...] celles de la Concession ». L'article 41.1 remplit en même temps les fonctions d'une clause de stabilisation et d'une clause d'intégration. Il s'agit là d'une garantie précieuse pour les concessionnaires s'agissant d'une concession vouée à l'origine à durer pendant au moins un demi-siècle et dont la durée a déjà fait l'objet

d'une prorogation. Cette garantie n'est toutefois destinée à agir qu'en relation avec le Contrat de concession lui-même (y compris les dispositions du Traité que le Contrat de concession met en œuvre). C'est ce Contrat, interprété et appliqué dans le cadre des règles et des principes mentionnés à l'article 40.4 que le Tribunal est voué à appliquer puisque ce sont ces règles qui régissent de manière pertinente la relation entre les Parties.

148. Le Tribunal observera, dans ce cadre, que le Contrat de concession ne contient aucun engagement contractuel des États Parties selon lequel ils se conformeront à leur propre droit ou au droit communautaire. L'appréciation de leur comportement à cet égard relève de la compétence de leurs propres tribunaux et des Cours européennes. Ceci tranche avec l'engagement des concessionnaires à l'article 41.2 de respecter notamment « les législations et réglementations applicables à tout moment dans chacun des deux États » et avec les prescriptions obligatoires imposées par ces textes, étant stipulé que seule une « très grave violation » de cet engagement pourrait donner lieu aux mesures prévues à l'article 37 (« Déchéance des concessionnaires »). En résumé, les demandes relevant du droit national et celles relevant du droit communautaire à l'encontre des États doivent faire l'objet de procédures intentées devant l'instance appropriée, que celle-ci soit nationale ou communautaire. En revanche, il incombe au Tribunal de se prononcer sur les différends relatifs à l'application du Contrat de concession.

149. Les Demandeurs soutiennent que, quoi qu'il en soit pour les obligations nées de sources de droit étrangères au Contrat de concession – telles que la Convention européenne des droits de l'homme ou les principes de droit international en matière de protection des investissements – le Tribunal devrait au moins appliquer comme un tout les divers traités et accords concernant la liaison fixe transmanche (énumérés au paragraphe 52 ci-dessus) qui constituent un ensemble. En particulier, ils renvoient aux dispositions du Protocole de Sangatte et de l'Accord particulier de sûreté⁹⁵ qui envisagent spécifiquement des actions des concessionnaires. Ainsi, le Protocole de Sangatte dispose :

⁹⁵ Réplique des Demandeurs, para. 97.

Article 46

- (1) Sous réserve de l'application des Articles 15 et 16 du Traité dans tous les cas couverts par ces deux Articles, et en cas de demandes d'indemnisation résultant de l'application du présent Protocole, les dispositions suivantes s'appliquent :
 - (a) chaque État renonce à toute action envers l'autre État pour la réparation des dommages causés à ses agents ou à ses biens ;
 - (b) toute réclamation présentée par les concessionnaires est réglée selon les dispositions de la Concession.

[...]

Article 49

- (1) Tous les différends concernant l'interprétation ou l'application du présent Protocole sont réglés par négociation entre les deux gouvernements.
- (2) Toutefois, les différends relatifs aux questions d'indemnisation survenant entre les deux États sont réglés par le tribunal arbitral constitué conformément à l'article 19 du Traité après les consultations prévues à l'article 18 du Traité⁹⁶.

150. Les Défendeurs exposent que les concessionnaires ne sont parties ni au Protocole de Sangatte, ni à l'Accord particulier de sûreté et ne peuvent donc se fonder sur leurs dispositions. En outre, selon eux, ces instruments étaient destinés uniquement à traiter de questions administratives et autres sur une base *inter se*. Mais que ce soit ou non le cas, deux choses sont claires.

- Premièrement, l'application du Protocole de Sangatte, qui est directement lié à l'exploitation de la liaison fixe, pourrait soulever des questions en vertu du Contrat de concession. Les concessionnaires pourraient avoir des demandes relatives à la fois à l'application du Contrat de concession et au Protocole de Sangatte. Ceci démontrerait que, lors de l'examen des demandes au titre de l'article 40.1 du Contrat de concession, il pourrait s'avérer nécessaire de prendre en compte les dispositions du Protocole de Sangatte. En revanche, ceci ne démontrerait pas que les demandes au titre de ce dernier doivent être mises sur le même plan que celles au titre du premier.
- Deuxièmement, aucune disposition du Traité de Cantorbéry ni aucune stipulation du Contrat de concession ne définit le Traité comme devant inclure des protocoles ou accords de mise en œuvre ultérieurs. Ce n'est pas que la conclusion d'accords ultérieurs n'ait pas été envisagée. Il en est expressément question dans de nombreux articles du Traité, ainsi qu'à l'article 41.2 lui-même. Mais, dans le Contrat de concession, le mot « Traité » est un terme défini (Article 1.1(xx)), et ne désigne que

⁹⁶ Voir également l'Accord particulier de sûreté, Art 7(1)(b).

le Traité de Cantorbéry. Cela étant, les traités et accords additionnels ne relèvent pas des catégories énumérées à l'article 40.4 ; ils figurent encore moins parmi les instruments régissant la relation entre les concédants et les concessionnaires. Se prononcer sur ce qu'aurait été la situation si les concédants avaient, dans le cadre d'un protocole séparé, entendu conférer des droits supplémentaires aux concessionnaires ne présente aucun intérêt en l'absence d'une quelconque indication de leur intention de procéder de la sorte dans le cadre des accords concernés ici. Le Tribunal relèvera toutefois que si de nouveaux droits, susceptibles de donner lieu à une action au titre de l'article 19 du Traité, avaient pu être conférés aux concessionnaires par des accords ultérieurs, la question aurait pu se poser de savoir si de nouvelles obligations n'auraient pas également pu leur être conférées ou d'anciens droits retirés. Ceci n'est pas envisagé par l'article 41.1.

151. Conclure que le Tribunal n'est pas compétent pour examiner des demandes au titre de violations d'obligations étrangères aux stipulations du Contrat de concession (et aux dispositions du Traité, telles que mises en œuvre par le Contrat de concession) ne signifie pas que les règles concernant le droit applicable énoncées à l'article 40.4 soient sans importance. Elles indiquent au Tribunal le droit qu'il doit appliquer pour juger les questions relevant de sa compétence. Elles fournissent le cadre juridique pour l'interprétation et l'application du Traité et du Contrat de concession et elles peuvent également s'avérer pertinentes à d'autres égards. C'est toutefois la relation entre les concédants et les concessionnaires, telle qu'elle est définie à l'article 41.1, sur laquelle le Tribunal est appelé à se prononcer.

152. Cette distinction entre l'étendue des droits et obligations qu'un tribunal international est compétent pour mettre en œuvre et le droit que, ce faisant, il aura à appliquer, est bien connue. Comme le Tribunal saisi de l'affaire de l'*Usine de Mox*, dans le cadre de la Convention sur le droit de la mer de 1982, l'a dit :

Il existe une distinction cardinale entre l'étendue de (la) compétence du [Tribunal] en vertu de l'article 288, paragraphe 1, de la Convention, d'une part, et le droit devant être appliqué par le Tribunal en vertu de l'article 293, d'autre part [...] [D]ans la mesure où un quelconque aspect des demandes de l'Irlande est né

directement au titre d'instruments juridiques autres que la Convention, ces demandes pourraient être irrecevables⁹⁷.

Le Tribunal dans l'affaire *OSPAR* est parvenu, pour l'essentiel, à la même conclusion⁹⁸. Quant à la Cour internationale de justice, elle n'a pas davantage adopté de position différente dans l'affaire *Kasikili-Sedudu*, dans le cadre de laquelle il lui était expressément demandé de trancher un différend frontalier par référence non seulement au traité pertinent, mais également aux « règles et principes du droit international »⁹⁹.

153. En conclusion, la compétence du Tribunal est limitée aux demandes impliquant les droits et obligations des Parties au titre du Contrat de concession tels que définis à l'article 41.1. Ainsi, la source et la seule source, des droits et obligations respectifs des Parties en ce qui concerne le Tribunal est (a) le Traité (mais seulement pour autant qu'il est mis en œuvre par le Contrat de concession) et (b) le Contrat de concession (qu'il aille ou non au delà d'une simple mise en œuvre du Traité).
154. Passant maintenant aux demandes soumises au Tribunal, ce dernier constate que le principal fondement sur lequel repose la demande relative à Sangatte est le Contrat de concession. Cette demande relève des stipulations de ce Contrat au sens expliqué ci-dessus. En conséquence, le Tribunal a compétence pour connaître de la demande relative à Sangatte en vertu de l'article 40.1.
155. La position en ce qui concerne la demande relative à SeaFrance est moins claire car (a) le comportement dont il est fait grief n'était pas de manière évidente un comportement de la France en sa qualité de Concédant et (b) de nombreuses sources de droits et obligations sur lesquelles se fondent les concessionnaires aux fins de la demande relative à SeaFrance ne sont pas issues du Contrat de concession. Néanmoins, à un égard au moins – pour ce qui est de l'article 34.3 du Contrat de concession – les Demandeurs se fondent, de manière plausible, sur une stipulation expresse du Contrat

⁹⁷ Affaire de l'*Usine de MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, Ordonnance No 3, (2003) 126 ILR 310, 318 (para. 19) (en anglais ; non disponible en français).

⁹⁸ Affaire *OSPAR (Irlande c. Royaume-Uni)*, (2003) 126 ILR 334, 364 (para. 85) (en anglais ; non disponible en français).

⁹⁹ C.I.J., affaire de l'*Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, *Rec.* 1999, p. 1045, aux pp. 1102-3 (para. 93).

de concession. Dans cette mesure le Tribunal a compétence *ratione materiae* aux fins de se prononcer sur la demande relative à SeaFrance en vertu de l'article 40.1.

3. Implications de procédures pendantes ou de procédures éventuelles devant d'autres instances sur la compétence du Tribunal

156. Enfin, il convient d'étudier la pertinence éventuelle de procédures, intentées ou non, conformément aux stipulations de l'article 41.4. Deux groupes de procédures sont concernés en l'espèce.
157. Le premier concerne la plainte déposée par la société P & O au titre des aides d'État concernant des subventions accordées à la société SeaFrance, qui a déjà été mentionnée et à laquelle la société Eurotunnel a décidé de ne pas se joindre. En l'occurrence, la Commission européenne a refusé d'instruire la plainte de P & O.
158. Le second groupe, plus important, comprend les procédures intentées par la société Eurotunnel devant les tribunaux français concernant le centre de Sangatte. Celles-ci se sont déroulées comme suit :
- Le 14 août 2001, les Demandeurs ont introduit un référé suspension auprès du tribunal administratif de Lille afin d'obtenir la suspension de la décision du Préfet du Pas-de-Calais, du 29 septembre 1999, de réquisitionner l'entrepôt des Demandeurs à Sangatte. Le 16 août 2001, les Demandeurs ont déposé un recours en annulation de cette décision devant ce même tribunal.
 - Le 11 septembre 2001, le tribunal administratif de Lille a rejeté la demande de référé suspension. Les Demandeurs déposèrent une seconde demande de référé suspension le 10 janvier 2002. Le 1^{er} février 2002, cette demande fut également rejetée. Ce rejet fit l'objet d'un pourvoi des Demandeurs devant le Conseil d'État, qui rejeta ce pourvoi le 5 juin 2002.
 - Dans l'intervalle, le tribunal administratif de Lille avait, le 2 mai 2002, rejeté le recours en annulation déposé par les Demandeurs le 16 août 2001 contre la décision de réquisition du Préfet. Les Demandeurs firent appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de Douai, mais se désistèrent de leur appel à la suite de la clôture du centre de Sangatte.

159. La France a soutenu que le grief de la société Eurotunnel selon lequel les pouvoirs publics français étaient défailants dans le maintien de l'ordre sur le site de Coquelles et autour de celui-ci devrait être écarté du fait que les Demandeurs n'ont pas persisté dans les procédures françaises et n'ont pas intenté d'autres actions en justice qui auraient pu contraindre les pouvoirs publics français à agir contre l'immigration clandestine. En fait, cet argument a été développé jusqu'à devenir quasiment l'argument principal par renvoi à l'article 41.4 : selon la France, les Demandeurs « pouvaient parfaitement s'adresser aux tribunaux français et c'était un problème d'application ou de non-application des législations nationales »¹⁰⁰.
160. Au vu du parallélisme des recours mentionné au paragraphe 147 ci-dessus et de l'absence de toute exigence d'épuisement des recours internes comme condition préalable de l'arbitrage aux termes de l'article 40.1 du Contrat de concession, il n'est pas possible d'avancer qu'un quelconque manquement des Demandeurs à cet égard fasse obstacle à la présente procédure.

D. CONCLUSIONS SUR LA COMPETENCE ET LE DROIT APPLICABLE

161. En conséquence, le Tribunal est compétent aux fins de statuer sur la demande relative à Sangatte en ce qui concerne les deux Défendeurs et sur la demande relative à SeaFrance en ce qui concerne la France, mais ce, uniquement dans la mesure où ces demandes sont fondées sur une violation des obligations des Défendeurs aux termes des stipulations du Contrat de concession ou des dispositions du Traité, telles que mises en œuvre par le Contrat de concession.

¹⁰⁰ Transcription, Jour 9, pp. 10-11.

CHAPITRE V – LA THÈSE DES DEMANDEURS SUR LA « RESPONSABILITÉ CONJOINTE ET SOLIDAIRE »

162. L'un des points litigieux entre les Parties est la question du fondement sur lequel la responsabilité des Défendeurs peut être engagée, dans la mesure où le Traité de Cantorbéry, le Contrat de concession et leur mise en œuvre étaient, au moins en partie, des actes des deux gouvernements. S'il y a eu, globalement, manquement vis-à-vis des concessionnaires, est-il nécessaire pour eux d'aller plus loin et de démontrer avec précision qu'un tel manquement est spécifiquement dû à l'un ou l'autre des gouvernements, ou peuvent-ils se fonder sur un quelconque principe de solidarité ou de responsabilité collective ?

A. LES POSITIONS DES PARTIES

163. Selon les Demandeurs, les actes et carences en ce qui concerne la demande relative aux immigrés clandestins sont imputables à la France et au Royaume-Uni, à la fois à titre individuel et à titre collectif :

Toute violation provoquée par les actes ou carences respectifs des gouvernements dans le cadre des opérations de police, de sûreté et de contrôles frontaliers, doit non seulement engager la responsabilité spécifique du gouvernement concerné, mais également être conjointement imputable aux deux gouvernements, puisque ces actions sont des manifestations du manquement conjoint des gouvernements à coopérer et à coordonner leurs actions pour prendre les dispositions nécessaires en matière de police, de sûreté et de contrôles frontaliers¹⁰¹.

Les Demandeurs affirment en outre que « bien que les obligations des gouvernements à l'égard des concessionnaires en vertu du Traité et du Contrat de concession puissent, de manière générale, ne pas être conjointes, dans les domaines de la sûreté et des contrôles frontaliers, elles le sont nécessairement »¹⁰².

164. Dans la correspondance avec le Tribunal, les Demandeurs indiquaient que « [a]fin de lever toute ambiguïté, les demandeurs répètent que les deux gouvernements sont responsables au titre de toutes les demandes, du fait de leurs propres actes ou carences

¹⁰¹ Mémoire des Demandeurs, para. 262.

¹⁰² Mémoire des Demandeurs para. 262.

et/ou du fait de leur omission de protéger les demandeurs contre les actes ou carences de l'autre gouvernement »¹⁰³.

165. Les Demandeurs conviennent que, de manière générale, la notion de responsabilité conjointe n'existe pas en droit international, mais ils relèvent que l'article 47 des Articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international (« CDI ») reconnaît la possibilité d'une « convention contraire entre les États concernés ». Dans la présente procédure, « [l]a responsabilité conjointe résulte du fait que les Instruments [pertinents] envisagent une coopération et une coordination des actions des gouvernements lors de la prise de mesures appropriées dans ces domaines »¹⁰⁴.

166. La position des Demandeurs est en outre exposée comme suit :

[c]ette responsabilité conjointe vient simplement s'ajouter à la responsabilité individuelle des gouvernements en matière de police, de sûreté et de contrôles frontaliers [...] Par conséquent, que les Instruments [pertinents] donnent lieu à une responsabilité conjointe ou non, les concessionnaires peuvent toujours faire valoir des prétentions indépendantes à l'encontre des deux gouvernements dans ces domaines. La responsabilité des gouvernements s'exerce ainsi à deux niveaux. En premier lieu, chaque gouvernement est responsable d'avoir ignoré ses responsabilités spécifiques en matière de surveillance policière, de sûreté et de contrôles frontaliers. En second lieu, chaque gouvernement est responsable de sa carence à coopérer, coordonner ses actions et à consulter l'autre gouvernement afin de prévenir tout manquement de la part de ce dernier¹⁰⁵.

167. Enfin, les Demandeurs indiquent que leur position sur la responsabilité conjointe ne « sera pas source de complications au stade ultérieur de l'indemnisation ». Ainsi :

Du fait tant de sa responsabilité conjointe que de sa responsabilité individuelle, chaque gouvernement serait responsable pour l'ensemble du préjudice subi par les concessionnaires. Il est évident que les concessionnaires ne peuvent recevoir deux fois la même indemnisation. [...] La manière dont les responsabilités des gouvernements sont réparties entre les deux gouvernements ne concerne pas les concessionnaires¹⁰⁶.

¹⁰³ Lettre de M. Matthew Weiniger à M. Brooks W. Daly du 26 avril 2005, liasse G, p. 3885, au point 3 (traduction du greffe).

¹⁰⁴ Réplique des Demandeurs, para. 136 (traduction du greffe).

¹⁰⁵ Réplique des Demandeurs, para. 137 (traduction du greffe).

¹⁰⁶ Réplique des Demandeurs, para. 141.

168. Si les positions adoptées par les deux gouvernements sur le droit applicable coïncidaient, il n'en est pas de même en ce qui concerne ce point.
169. Selon la France : « les deux gouvernements, non seulement ont des responsabilités communes, mais encore les ont à plusieurs égards effectivement assumées en commun. La fermeture de Sangatte est une sorte de preuve rétrospective, ce sont bien sûr les Français qui ont fermé le centre, mais cette décision n'a été rendue possible que par la coopération sans faille de la partie britannique »¹⁰⁷. Selon la France, cette « responsabilité solidaire ne concerne que l'exécution de la concession, et il est tout à fait exact que par ailleurs, chaque gouvernement conserve sa propre responsabilité. C'est le cas pour toutes les obligations relatives à l'ordre public qui relèvent de la responsabilité propre de chaque État, comme l'indique expressément l'article 13 de la concession »¹⁰⁸. En outre, selon la France « l'article 41.4 [du Contrat de concession] réserve la compétence pour connaître de ces mesures aux seuls tribunaux nationaux »¹⁰⁹.
170. La France soutient que « si responsabilité [il] y avait, cette responsabilité devrait être assumée solidairement [...] »¹¹⁰. Elle avance qu'il serait tout à fait impossible pour le Tribunal de distinguer « concrètement » entre les violations de la France ou celles du Royaume-Uni¹¹¹. En résumé, selon la France, « c'est à chaque gouvernement d'assumer, le cas échéant, s'il s'en saisit, sa propre responsabilité [...] devant ses propres tribunaux »¹¹².
171. Le Royaume-Uni, quant à lui, qualifie la position des Demandeurs d'« équivoque » :

Les actes et carences en cause seraient imputables à « *l'un des gouvernements ou aux deux* ». Toutefois, il est malaisé de déterminer au juste s'il s'agit d'une argumentation de responsabilité individuelle, de responsabilité conjointe ou de responsabilité conjointe et solidaire¹¹³.

Le Royaume-Uni souligne que les Demandeurs doivent établir la responsabilité spécifique du Royaume-Uni en ce qui concerne tout prétendu manquement. A cet égard,

¹⁰⁷ Transcription, Jour 9, p. 30.

¹⁰⁸ Transcription, Jour 9, pp. 30-31.

¹⁰⁹ Transcription, Jour 9, p. 31.

¹¹⁰ Transcription, Jour 5, p. 86.

¹¹¹ Transcription, Jour 5, p. 86.

¹¹² Transcription, Jour 9, p. 31.

¹¹³ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 3.81 (traduction du greffe) (souligné dans l'original).

il s'appuie sur les Articles de la CDI et leur commentaire¹¹⁴, ainsi que sur l'article 15(4) du Traité de Cantorbéry. Le Royaume-Uni en conclut qu'il « n'existe aucune base en droit international pour des demandes en responsabilité conjointe et solidaire ».

172. En ce qui concerne les arguments relatifs à une responsabilité conjointe et solidaire fondée sur le manquement à un devoir de coopération, le Royaume-Uni rejette l'affirmation des Demandeurs selon laquelle « [c]haque gouvernement est responsable de sa carence à coopérer, coordonner ses actions et à consulter l'autre gouvernement afin de prévenir tout manquement de la part de ce dernier »¹¹⁵, arguant du fait que ceux-ci inventent une obligation de résultat qui ne figure ni dans le Contrat de concession, ni dans aucune autre source de droit international traitant de la signification de ces concepts.

B. ANALYSE DU TRIBUNAL

173. Il peut être utile de commencer avec l'article 47 des Articles sur la responsabilité des États de la CDI que toutes les parties ont invoqué au cours de la procédure. Celui-ci dispose :

Article 47

Pluralité d'États responsables

1. Lorsque plusieurs États sont responsables d'un même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.
2. Le Paragraphe 1 :
 - (a) ne permet à aucun État lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi ;
 - (b) est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

174. Ainsi que l'observe le commentaire :

La règle générale en droit international, est qu'un État porte séparément la responsabilité de ses propres faits illicites, et c'est cette règle générale qui est reflétée au paragraphe 1. Ce paragraphe n'établit pas une règle générale de responsabilité conjointe et solidaire mais il n'exclut pas non plus que deux États ou davantage puissent être responsables du même fait internationalement illicite. Cela

¹¹⁴ Voir les articles de la Commission du droit international sur la Responsabilité des États, article 47 et commentaire, para. (3), ainsi que la discussion du Royaume-Uni : Transcription, Jour 4, pp. 150-151 (traduction de la version originale anglaise, Jour 4, p. 122-123).

¹¹⁵ Réplique des Demandeurs, para. 137.

dépendra des circonstances et des obligations internationales de chacun des États concernés¹¹⁶.

175. Il est donc nécessaire de se demander si les dispositions du Traité de Cantorbéry telles que mises en œuvre par le Contrat de concession et les stipulations du Contrat de concession établissent un quelconque principe général de responsabilité solidaire en cas de violation des obligations assumées ou impliquent un tel principe.
176. À titre liminaire on observera que, lorsque les parties au Contrat de concession ont souhaité créer un régime d'obligations « conjointes et solidaires », elles ont su le faire. En effet, l'article 20 du Contrat de concession stipule :

Article 20 : Solidarité des concessionnaires vis-à-vis des États

20.1 Les concessionnaires assument conjointement et solidairement vis-à-vis des États concédants les engagements de la Concession. / *The obligations of the Concessionaires to the Principals under this Agreement shall be joint and several*¹¹⁷.

Il n'existe pas de stipulation équivalente concernant la responsabilité des concédants vis-à-vis des concessionnaires. En fait, au moment de la rédaction du Contrat de concession, les concessionnaires avaient cherché à inclure une clause prévoyant la responsabilité conjointe et solidaire des gouvernements, mais cette proposition fut rejetée¹¹⁸.

177. En réalité, la question de la responsabilité conjointe et solidaire ne représentait pas vraiment un problème pour ce qui est des concédants. La caractéristique principale du concept de « responsabilité conjointe et solidaire », tant en *common law* qu'en droit romano-germanique, est que chacun des débiteurs peut être poursuivi pour le montant total, la question de la répartition restant à régler entre eux. En d'autres termes, une personne dont la responsabilité conjointe et solidaire est engagée prend le risque de l'insolvabilité d'un partenaire/associé, de sa disparition ou encore de l'impossibilité de

¹¹⁶ Commentaire de l'article 47, para. 6.

¹¹⁷ Cette stipulation donne effet à l'article 13(1) du Traité. Voir également Contrat de concession, article 5.1 (garantie mutuelle de l'exécution de l'autre par chacun des concessionnaires).

¹¹⁸ Duplique du Royaume-Uni, para. 2.53, citant une lettre de M. Paul Fifoot, FCO à M. John Noulton du 27 janvier 1986, Duplique du Royaume-Uni, Annexe 17, para. 6: « le dernier point dont nous avons débattu était l'affirmation selon laquelle les gouvernements seront responsables conjointement et solidairement. Les *solicitors* ont accepté que cette stipulation ne serait pas insérée dans la consultation » (traduction du greffe).

l'attirer en justice¹¹⁹. Il n'existait en l'espèce aucun risque d'insolvabilité des concédants ou de leur disparition et, en vertu de l'article 19 du Traité, ils étaient tous les deux susceptibles d'être attirés en justice. La question portait plutôt sur le fait de déterminer si le Contrat de concession prévoyait, ou au moins présumait, qu'une obligation d'un Concédant était une obligation conjointe des deux ou une obligation individuelle de chacun d'entre eux¹²⁰.

178. A cet égard, les Demandeurs se fondent sur la description des Parties au début du Contrat de concession qui mentionne le ministre français du transport et le Secrétaire d'État britannique « d'une part » et les sociétés française et britannique « d'autre part ». Mais cette formulation, consacrée par le temps¹²¹, est utilisée dans d'autres traités contemporains sans qu'en découle la moindre implication de responsabilité conjointe et solidaire entre les parties présentées d'une même part¹²².
179. Plus significative est la C.I.G. elle-même, qui est « mise en place pour suivre, *au nom des deux gouvernements et par délégation de ceux-ci* l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe »¹²³. La C.I.G. est une instance conjointe des deux États dont les décisions requièrent l'accord des deux concédants. Si une violation du Contrat de concession découlait d'une action de la C.I.G., la responsabilité des deux États serait engagée en conséquence¹²⁴.

¹¹⁹ Voir par exemple, Glanville Williams, *Joint obligations: A treatise on joint and several and several liability in contract, quasi-contract and trusts in England, Ireland and the common-law dominions* (London, Butterworth, 1949), 34-5, citant *King v. Hoare* (1844), 13 M & W 494, 153 ER 206 (Parke B) ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les Obligations* (Paris, Dalloz, 2003), n°1259 et s. Pour une étude comparée des formes de responsabilité solidaire, voir Weir, "Complex Liabilities" dans Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI.

¹²⁰ La même distinction est opérée en droit français. Ainsi à l'article 1202 du Code civil : « la solidarité ne se présume point. Il faut qu'elle soit expressément stipulée ». Toutefois, si le dommage a été causé par plusieurs co-auteurs, il peut y avoir responsabilité *in solidum* : voir Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les Obligations* (Paris, Dalloz, 2003) n° 1278.

¹²¹ Voir le traité d'Osnabrück, Suède-Empire, 14 (24) octobre 1648, 1 *Consolidated Treaty Series* 119; et le traité de Münster, Espagne-Pays-Bas, 14 (24) octobre 1648, Dumont, t. VI, I^{ère} partie, p. 429 (« *ex una [...] ex altera parte* »).

¹²² Voir, par exemple, Royaume-Uni, Grèce, Turquie, Chypre, Traité de garantie, signé à Nicosie le 16 août 1960, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 382, p. 9, un traité dit conclu entre « la République de Chypre d'une part, et la Grèce, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord et la Turquie de l'autre part » (préambule).

¹²³ Traité de Cantorbéry, article 10(1) (soulignement ajouté). Voir également l'article 10(3)(c) (« prendre des décisions au nom des deux gouvernements pour l'exécution de la Concession »).

¹²⁴ Les articles de la Commission du droit international sur la Responsabilité des États envisagent la possibilité d'une situation dans laquelle « une entité soit un organe mixte de plusieurs États » : commentaire de l'article 6, para. 3 ; commentaire de l'article 47, para. 2.

180. Ceci est clair. Cependant, les Demandeurs se plaignent non pas des actes de la C.I.G. mais de son manquement à agir. La question est de savoir si le manquement à agir de la C.I.G. (que ce soit ou non parce que les concédants ne s'étaient pas mis d'accord sur les actions à mener) entraîne une responsabilité solidaire des deux concédants ou une responsabilité individuelle de chacun d'entre eux. Le Tribunal examinera cette question ultérieurement.

181. Dans la Consultation, la question du partage de responsabilité entre concédants était abordée dans le contexte d'un engagement de ne pas mettre fin au droit du candidat à exploiter la liaison fixe. Quant à une éventuelle violation de cet engagement, le paragraphe 11.5 prévoyait ce qui suit :

Le Traité déterminera les conditions du partage de la responsabilité entre les États. Au cas où la responsabilité des deux États serait engagée ou au cas où cette responsabilité serait discutée, un arbitrage interviendrait sur la base du droit international général.

182. Hormis la mise en place de la C.I.G. et d'un Comité de sécurité conjoint, sous l'autorité de la C.I.G. (article 11), le Traité ne prévoit pas de manière générale d'action conjointe à l'exception de questions telles que la modification du Contrat de concession, qui bien évidemment requiert l'accord des deux parties (article 14). La seule mention expresse d'action conjointe figure à l'article 5(4) qui traite des mesures nécessaires à la défense et à la sûreté de la liaison fixe. Il dispose :

(4) Les concessionnaires prennent, à la demande des deux gouvernements, toutes mesures intéressant la défense et la sûreté de la liaison fixe. Sauf circonstances exceptionnelles telles que celles visées à l'article 6, les deux gouvernements se consultent avant de demander aux concessionnaires de prendre de telles mesures et agissent d'un commun accord.

L'article 6 porte sur les catastrophes naturelles, actes de terrorisme ou conflit armé, impliquant par là même que la défense et la sûreté de la liaison fixe participent d'un concept plus large. Sous des exceptions figurant à l'article 6, les gouvernements doivent agir conjointement en ce qui concerne les mesures nécessaires à la défense et à la sûreté de la liaison fixe.

183. L'article 15, intitulé « Indemnisation des concessionnaires » a une certaine importance.

Ses paragraphes (2)-(4) disposent :

- (2) Les deux États s'engagent à ne pas interrompre ou à ne pas mettre un terme à la construction ou à l'exploitation de la liaison fixe par les concessionnaires pendant toute la durée de la Concession, sauf pour des raisons de défense nationale, ou en cas de carence des concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession, ou conformément aux dispositions de l'article 6 du présent Traité. Tout manquement à cet engagement ouvrirait droit à indemnisation au profit des concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession et conformément au droit international.
- (3) Si un État interrompt la construction ou l'exploitation de la liaison fixe par les concessionnaires, ou y met un terme, pour des raisons de défense nationale, les concessionnaires pourront prétendre à une indemnisation dans les conditions prévues par la législation nationale de cet État. Dans le cas où la responsabilité des deux États est engagée à ce titre et où les concessionnaires réclament une indemnité aux deux États, ils ne pourront pas obtenir de chaque État plus de la moitié de l'indemnité payable conformément à la législation nationale de celui-ci.
- (4) Chaque État supporte la charge de l'indemnisation des concessionnaires en proportion de sa responsabilité, s'il y a lieu, conformément au droit international.

Ces dispositions sont reflétées aux articles 36 et 38 du Contrat de concession.

184. En outre, le Traité comporte de nombreuses dispositions concernant les consultations entre les deux gouvernements, ainsi que la coopération entre eux : voir les articles 2(1), 5(2), 6(2), 10(5) et, en particulier, l'article 18.

185. A d'autres égards, le Traité procède sur la base que la mise en œuvre de la liaison fixe incombera à l'un ou l'autre des gouvernements, en fonction notamment du lieu où interviendra la mission. Le Traité prévoit soigneusement la frontière et le fait que « les États concernés exercent leur juridiction en conséquence », sous réserve d'accords contraires à cet effet (Article 3(1)). L'accord le plus important à cette fin est celui concernant les contrôles juxtaposés (Article 4), disposition mise en œuvre de manière plus précise dans le Protocole de Sangatte.

186. Le Contrat de concession envisage également à la fois des actes conjoints ou de coopération des concédants et des actes de chacun d'eux relevant de sa propre

responsabilité. Ainsi, les articles 15.2, 27 (et en particulier 27.7) et 34.2 envisagent des actes conjoints, ou à tout le moins coordonnés ; de même, l'article 2.1 prévoit une coordination entre les concédants et les articles 4, 21.2, 29, 24.3, 36.1 et 38 envisagent des initiatives prises à titre individuel – avec la conséquence que le concédant sera responsable à titre individuel pour l'indemnisation d'éventuelles violations (voir par exemple les articles 21.2 et 38.1). Il sera nécessaire de revenir ultérieurement plus en détail sur certaines de ces stipulations.

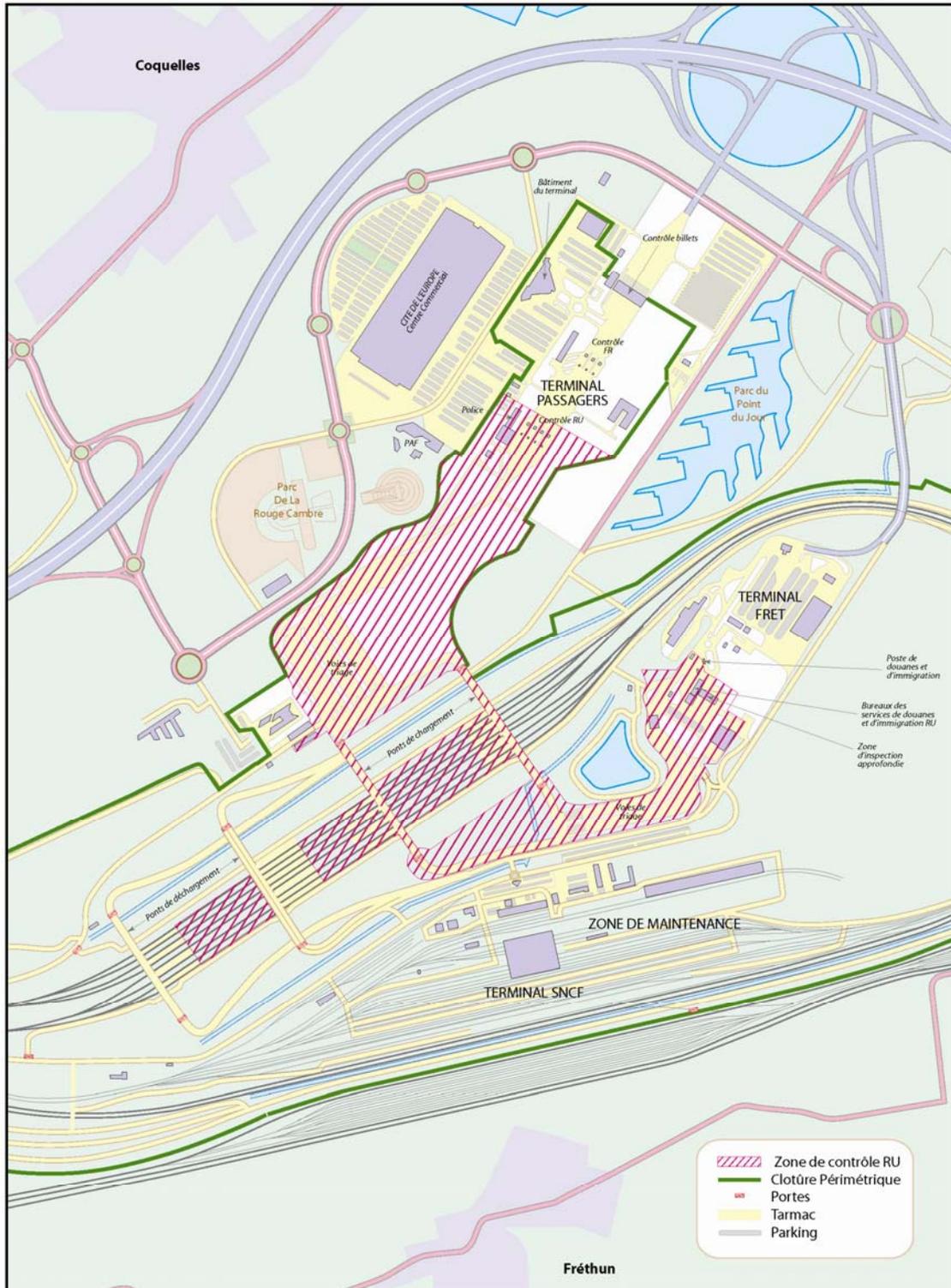
187. En résumé, il n'existe aucun équivalent, en ce qui concerne les concédants, à la responsabilité conjointe et solidaire et aux garanties mutuelles exigées des concessionnaires. Dans la mesure où les arguments des Demandeurs dépendent de la thèse de responsabilité conjointe et solidaire, c'est-à-dire de la responsabilité propre d'un État pour les actes de l'autre, ils doivent être rejetés. En revanche, la liaison fixe exigeait une coopération étroite entre les deux gouvernements, coopération qui devait notamment s'exprimer dans le cadre d'instances communes (la C.I.G. et le Comité de sûreté). Le cœur des engagements vis-à-vis des concessionnaires – à savoir faciliter la construction et (sous réserve d'exceptions spécifiques) de permettre une exploitation continue de la liaison fixe – exigeait une coopération continue des deux gouvernements, à la fois directement et par le biais de la C.I.G.. La question de savoir si des violations déterminées du Contrat de concession sont dues à la faute de l'un ou l'autre État ou des deux États sera fonction de l'obligation particulière violée et de toutes les circonstances entourant ladite violation.

CHAPITRE VI – LE FOND DE LA DEMANDE RELATIVE À SANGATTE

A. INTRODUCTION

188. La demande relative à Sangatte est fondée sur quatre arguments principaux. Le premier et le plus important est que les gouvernements n'ont pas mis en place les contrôles de police et de sûreté et les contrôles frontaliers nécessaires afin de protéger la liaison fixe des incursions de clandestins et qu'ils ont manifestement manqué à leur devoir de coopération, de coordination ou de consultation pour ce qui est des mesures qui étaient nécessaires afin d'assurer la protection de la liaison fixe et la libre circulation du trafic passant par celle-ci. Les Demandeurs soutiennent en outre que les gouvernements, en prenant certaines mesures ou en fournissant un soutien financier, ou d'une autre nature, au terminal de la SNCF et au Port de Calais afin de traiter le problème des migrants clandestins, se sont rendus coupables de discrimination vis-à-vis de la liaison fixe. Ils ajoutent que les gouvernements ont violé les droits français et anglais respectivement applicables aux termes du contrat de concession ; et que le Royaume-Uni leur a imposé une charge injustifiée par l'imposition du régime des pénalités civiles, ainsi que celle des frais de détention et de reconduite, en violation du Contrat de concession.
189. Avant d'exposer brièvement les arguments des Parties sur ces points, il est nécessaire de noter certains faits essentiels.
190. Ainsi qu'il est possible de le constater au vu du **plan 3** ci-dessous, le terminal de Coquelles et les installations liées à celui-ci occupent une superficie substantielle. Juste au sud de la zone de maintenance, quoiqu'encore à l'intérieur de la clôture périmétrique, se trouve le terminal de fret de la SNCF situé à Fréthun. Le **plan 3** montre également la zone de contrôle du Royaume-Uni, qui comporte l'aire d'attente des passagers et du fret, ainsi que les voies d'accès aux quais et les quais eux-mêmes.

Plan 3



(Plan 3 du Royaume-Uni modifié)

191. La menace d'incursions n'était pas restreinte au site de Coquelles. Comme le montre le **tableau 2** (au paragraphe 65), les incursions affectaient également le Port de Calais et le terminal de la SNCF, bien que leur impact ait été considérablement plus important sur le site de Coquelles, au moins jusqu'à la fin de 2001. En outre, toutes les incursions n'étaient pas le fait des résidents du centre de Sangatte : des migrants clandestins cherchaient également à monter à bord de camions se dirigeant vers la Manche, ou de l'Eurostar à Paris. Le risque d'un certain niveau de passages clandestins était inhérent à toute exploitation de traversée de la Manche, que ce soit par la liaison fixe ou autrement.
192. Confrontés à une forte augmentation des incursions de janvier à juin 2001, les concessionnaires adoptèrent, en juillet 2001, ce qui fut appelé une « politique de tolérance zéro ». Celle-ci contribua à une forte diminution des incursions au cours du second semestre de l'année, bien que ces incursions soient restées à des niveaux relativement élevés. Pendant la majeure partie de l'année 2002, le niveau des incursions dans le port, le terminal de la SNCF et à Coquelles fut du même ordre mais, en fonction des mois, une installation semblait davantage ciblée qu'une autre : Coquelles en janvier 2002, le terminal de la SNCF entre mars et juin, le port de juillet à octobre et de nouveau Coquelles à partir d'août, avec un pic en octobre, juste après l'annonce de la fermeture du centre de Sangatte.
193. En février-mars 2002, il y eut une forte augmentation des incursions au terminal de la SNCF. En mars 2002, la SNCF réagit à ce phénomène en fermant brièvement son terminal à tout trafic de fret traversant la Manche. À la suite de nouvelles vagues d'incursions de migrants clandestins en mai 2002, la SNCF décida de nouveau de fermer temporairement le terminal de Fréthun. Selon les Demandeurs, la réaction des gouvernements fut rapide et efficace. Du personnel et des équipements supplémentaires furent fournis et la SNCF reprit ses services de fret. En revanche, les concessionnaires, en leur qualité d'opérateurs du secteur privé en charge d'un seul parcours, n'avaient d'autre choix que de continuer en dépit des annulations de missions individuelles ou de brèves interruptions dues à des accidents ou à des incursions dans le tunnel lui-même. A

aucun moment au cours de cette période, le service passant par la liaison fixe elle-même ne fut formellement interrompu¹²⁵.

B. LES POSITIONS DES PARTIES

1. Conséquences de l'ouverture et du maintien du centre de Sangatte

194. Les Demandeurs soutiennent que la décision du gouvernement français d'ouvrir le centre de Sangatte, ainsi que celle de le maintenir ouvert, malgré de nombreuses demandes de fermeture (qui incluaient des demandes émanant du Royaume-Uni), étaient des mesures prises de manière unilatérale, en violation du Contrat de concession et du droit applicable¹²⁶. Ils soulignent que le phénomène des incursions a commencé après l'ouverture du centre de Sangatte, qu'il s'est développé et a crû en fonction du nombre de migrants présents au centre de Sangatte et qu'il a ensuite diminué jusqu'à en devenir insignifiant dès lors que le centre de Sangatte a été fermé¹²⁷.
195. Les Demandeurs indiquent qu'ils ont contesté le caractère approprié du site de Sangatte dès le début, c'est-à-dire à l'époque de sa réquisition par le Préfet en septembre 1999. Ils indiquent toutefois également qu'ils n'étaient pas à même d'empêcher la décision du gouvernement d'ouvrir le centre de Sangatte et de le maintenir ouvert¹²⁸.
196. Les Demandeurs affirment que le gouvernement français les a amenés à penser que le centre de Sangatte serait limité à un maximum de 200 migrants clandestins et qu'il s'agirait essentiellement de familles¹²⁹. A l'époque de son ouverture, les concessionnaires n'avaient aucune raison de penser que le centre de Sangatte hébergerait un nombre de migrants beaucoup plus important, principalement des hommes jeunes. Toutefois, étant donné sa proximité avec le terminal de Coquelles et le manque de mesures de police prises par les gouvernements, le centre de Sangatte est rapidement devenu un « aimant » pour les migrants clandestins, ainsi qu'une « plate-

¹²⁵ Il est fait mention d'un incident, un feu accidentel survenu le 18 novembre 1996, qui aboutit à l'interruption de l'exploitation de la liaison fixe. Le 10 décembre 1996, les concessionnaires reprirent leurs opérations en utilisant l'autre tunnel : Mémoire des Demandeurs, para. 62.

¹²⁶ Mémoire des Demandeurs, paras. 151, 235, 307.

¹²⁷ Réplique des Demandeurs, para. 247.

¹²⁸ Réplique des Demandeurs, para. 213. Voir également Transcription, Jour 1, p.160.

¹²⁹ Réplique des Demandeurs, para. 214. L'Arrêté du Préfet du Pas-de-Calais autorisant la création d'un centre d'hébergement temporaire à Sangatte, liasse D, onglet 39, indique qu'« un Centre d'Hébergement temporaire de 200 places maximum pour réfugiés ou demandeurs d'asile est autorisé à Sangatte ».

forme de lancement » pour des tentatives nocturnes de pénétrer au Royaume-Uni par la liaison fixe¹³⁰. Au cours de l'été 2001, le terminal de Coquelles « était littéralement assiégé pendant la nuit »¹³¹.

197. Selon les Demandeurs, le nombre d'interceptions de migrants clandestins ayant pénétré par effraction au sein du périmètre du terminal de Coquelles était de quelque 5.000 pour la totalité de l'année 2000 ; de 7.178 en juillet 2001 ; de 9.833 en août 2001 (soit plus de 300 interceptions par nuit)¹³² ; une incursion massive de quelque 450 migrants le soir de Noël de 2001¹³³ et de 7.500 en 2002¹³⁴. Le nombre total de migrants clandestins interceptés sur le terminal de Coquelles s'est accru de manière significative au fil des années : 2.374 interceptions en 2000, 50.345 en 2001 et 17.502 en 2002¹³⁵. En revanche, le nombre de migrants interceptés a chuté pour passer de 2.000 par mois en novembre 2002 à environ 20 ou 30 par mois immédiatement après la fermeture du centre de Sangatte le 30 décembre 2002.
198. Selon les Demandeurs, les résidents du Centre n'étaient pas soumis à des contrôles des autorités françaises mais étaient libres d'aller et de venir à leur gré. Les migrants clandestins qui étaient interceptés alors qu'ils pénétraient par effraction dans le terminal de Coquelles étaient autorisés par la police française à retourner au centre de Sangatte, d'où ils repartaient dès la nuit suivante pour une nouvelle tentative de rejoindre le Royaume-Uni. Les Demandeurs citent un représentant officiel de la Conférence internationale sur les réfugiés et les personnes déplacées en Iraq qui affirmait que « les autorités françaises sont, à tous niveaux, consciencieusement et [...] volontairement absentes »¹³⁶. Les Demandeurs font également état de la reconnaissance par le

¹³⁰ Les Demandeurs identifient trois différentes méthodes auxquelles avaient recours les migrants clandestins pour tenter de parvenir au Royaume-Uni : (i) l'infiltration du complexe du terminal de Coquelles pour tenter de monter à bord des navettes ferroviaires à destination du Royaume-Uni ; (ii) se cacher dans des camions à destination du Royaume-Uni passant par la liaison fixe ; et (iii) tenter de traverser le tunnel sous la Manche à pied : Mémoire des Demandeurs, para. 78. Voir également Transcription, Jour 1, p. 158.

¹³¹ Mémoire des Demandeurs, para. 80.

¹³² Mémoire des Demandeurs, para. 74.

¹³³ Mémoire des Demandeurs, para. 113.

¹³⁴ Le nombre de migrants clandestins qui ont réussi à traverser la Manche par la liaison fixe et à atteindre le Royaume était de 580 en mai 2001, de 787 en juin 2001 et de 807 en juillet 2001 : Mémoire des Demandeurs, para. 74.

¹³⁵ Réplique des Demandeurs, para. 251.

¹³⁶ Transcription, Jour 2, p. 10, citant Dominique Noguères, Ligue des droits de l'homme, « Rapport d'enquête sur le centre de Sangatte », 4 juillet 2002, Soumission d'audience supplémentaire des Demandeurs, onglet 14, p. 2.

gouvernement français du fait que « Sangatte a eu des conséquences négatives sur le fonctionnement [d'Eurotunnel] »¹³⁷. Selon les Demandeurs, « [c]'est parce que les gouvernements ont créé et maintenu cette installation que les immigrés clandestins ont été en mesure d'entreprendre des tentatives d'incursion massives et constantes sur le Terminal »¹³⁸.

199. En outre, il était avancé que les activités des migrants clandestins avaient provoqué une interruption significative de l'exploitation de la liaison fixe par les concessionnaires. En effet, selon eux :

- Plus de 1.600 services de train furent annulés en 2001 ; 240 furent annulés en 2002 ;
- 4.500 services de navette subirent des retards en 2001 et 542 en 2002 ;
- La liaison fixe devait être fermée pendant plusieurs heures dès que la présence de migrants clandestins était détectée dans le Tunnel sous la Manche afin d'éviter des décès ou des blessures graves parmi le personnel, les passagers et les migrants clandestins eux-mêmes ;
- De fréquents accidents graves impliquant des migrants clandestins ont eu pour conséquences des dommages corporels ou des décès sur la liaison fixe ;
- Des dommages matériels graves et répétés ont été subis autour du terminal de Coquelles et à l'entrée du Tunnel sous la Manche ; et
- Les migrants clandestins se comportaient de manière agressive avec les salariés des concessionnaires et leur personnel de sécurité, ce qui entraîna des traumatismes psychologiques et affecta de manière générale le moral du personnel.

200. Du fait des carences des gouvernements, les Demandeurs furent contraints de prendre une importante série de mesures afin de protéger la liaison fixe des activités des migrants clandestins :

- Des mesures de sûreté supplémentaires furent prises, incluant l'installation d'une clôture de grillage barbelé, l'ajout de diverses clôtures de sécurité autour du terminal et l'installation d'éclairages supplémentaires ;

¹³⁷ Déposition de M. Michel Heuzé, Transcription, Jour 7, p. 66.

¹³⁸ Réplique des Demandeurs, para. 245.

- Du personnel de sécurité supplémentaire fut recruté (passant d'environ 100 personnes au début de juillet 2001 à 370 en novembre 2001, 280 en janvier 2002 et 320 à l'automne 2002).

201. Outre les frais directs encourus à cet égard, il y eut, selon les Demandeurs, une significative « perte de part de marché causée par les perturbations du trafic dues à l'activité des immigrés clandestins »¹³⁹.

202. Pour sa part, la France indique que l'ouverture du centre de Sangatte « n'a [...] suscité aucune contestation de la part des Demandeurs qui, au contraire, avaient même expressément reconnu son utilité »¹⁴⁰. Elle renvoie à cet égard à un courrier aux termes duquel les Demandeurs prenaient dûment acte de l'ouverture du centre de Sangatte¹⁴¹. En outre, la France nie avoir jamais donné la moindre assurance aux Demandeurs que le nombre de migrants dans le centre de Sangatte serait restreint à 200.

203. Loin d'avoir provoqué l'augmentation du nombre de clandestins dans la région du Pas-de-Calais, l'ouverture du centre de Sangatte fut en fait la conséquence de cette augmentation. En effet, « l'aimant » pour les migrants n'était, selon la France, pas constitué par le Centre, mais par les avantages, réels ou imaginaires, dont pouvaient bénéficier ceux qui parvenaient à rejoindre le Royaume-Uni. La décision d'ouvrir le centre de Sangatte fut prise pour des raisons humanitaires, ainsi que pour des motifs de maintien de l'ordre en raison de l'augmentation du nombre de migrants dans la région de Calais. Cette décision « a contribué, sinon à résorber totalement, du moins à contenir considérablement les effets négatifs du phénomène migratoire en Calais »¹⁴². Selon la France, « [n]e pas ouvrir Sangatte [...] aurait [assurément] constitué la moins bonne des solutions »¹⁴³.

204. La France soutient que les perturbations du trafic dans le Tunnel sous la Manche auxquelles renvoient les Demandeurs sont « très exagérées »¹⁴⁴. Elle affirme qu'il « n'existe aucune corrélation entre la présence de migrants clandestins et l'importance

¹³⁹ Réplique des Demandeurs, para. 254.

¹⁴⁰ Contre-Mémoire de la France, para. 1.1.26.

¹⁴¹ Voir la Lettre de M. Alain Bertrand au Sous-préfet de Calais du 27 septembre 1999, liasse E, p. 3268, et Transcription, Jour 6, pp. 25-26, 31.

¹⁴² Contre-Mémoire de la France, para. 2.1.32.

¹⁴³ Transcription, Jour 6, p. 25.

¹⁴⁴ Contre-Mémoire de la France, para. 2.1.32.

du trafic » dans la mesure où « lors des périodes de hausse du nombre de clandestins interceptés dans le terminal de Coquelles, le trafic dans le tunnel n'a pas souffert de cette augmentation »¹⁴⁵. En réalité, la part de marché des Demandeurs n'a jamais été aussi florissante que pendant la période où a surgi le problème des migrants clandestins¹⁴⁶. Des fluctuations de volumes de trafic telles que celles qui ont pu avoir lieu étaient « normales et inhérentes à toute activité commerciale »¹⁴⁷. En outre, les concessionnaires n'étaient pas plus exposés au problème des migrants clandestins que tout autre opérateur transmanche.

205. La France soutient en outre qu'il est « peu vraisemblable » que les retards et les annulations auxquels les Demandeurs font référence aient été provoqués par les activités des migrants clandestins. A l'appui de cette affirmation, la France cite le procès-verbal d'une réunion au cours de laquelle les Demandeurs ont reconnu l'impact négligeable des migrants clandestins sur leur exploitation¹⁴⁸. La France avance en outre qu'il n'y a aucune preuve que la liaison fixe ait été effectivement « interrompue » dans la mesure où les annulations de trafic mentionnées par les Demandeurs « ne sont assurément pas une 'interruption' de la liaison fixe au sens de l'article 25.1, qui implique au minimum une certaine continuité dans la durée de l'interruption de trafic dans le tunnel, durée qui peut sans doute être temporaire, mais certainement pas simplement ponctuelle »¹⁴⁹. La France renvoie au fait que les annulations représentaient 0,8 % des navettes en 2001 et 0,2 % en 2002.

206. Le Royaume-Uni, en cohérence avec son rejet de toute responsabilité pour les actions menées en territoire français ou pour le manquement à agir sur ce territoire, n'avance aucun argument particulier sur ce point, hormis le fait qu'il note avoir fait appel au gouvernement français de temps à autre entre septembre 2001 et juin 2002 pour que celui-ci ferme le centre de Sangatte¹⁵⁰. En ce qui concerne l'impact du centre de Sangatte, le Royaume-Uni estime que la France est mieux à même de juger de

¹⁴⁵ Contre-Mémoire de la France, para. 2.1.35.

¹⁴⁶ Duplique de la France, para. 1.2.

¹⁴⁷ Contre-Mémoire de la France, para. 2.1.35.

¹⁴⁸ Procès-verbaux des réunions du « *Stowaway Operational Group* » ayant eu lieu les 12 décembre 2001 et 11 juin 2002. Voir également le document cité dans la Duplique de la France, pp. 131 et s.

¹⁴⁹ Contre-Mémoire de la France, para. 2.1.44.

¹⁵⁰ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.61.

l'exactitude des allégations de faits des Demandeurs¹⁵¹. Le Royaume-Uni souligne toutefois que d'autres facteurs sont intervenus dans la baisse du chiffre d'affaires des Demandeurs et notamment « l'entrée de *Norfolk Lines* qui assurait un service fret sans superflu [...] et ébranlait ainsi la concurrence », le marché touristique qui se remettait lentement de l'épidémie de la fièvre aphteuse en février 2001, ainsi que la fin des ventes d'articles détaxés le 1^{er} juillet 1999¹⁵².

2. Le caractère adéquat des mesures de police et de sûreté

207. Selon les Demandeurs, les gouvernements ont gravement manqué à leur obligation d'augmenter le niveau de mesures de surveillance policière et de sûreté afin de lutter efficacement contre les activités des migrants clandestins autour du terminal de Coquelles. Ils soutiennent que les forces de police française en exercice sur le site de Coquelles, et autour de celui-ci, n'étaient pas en nombre suffisant de manière permanente et ce, en dépit du fait que les concessionnaires avaient demandé de l'aide à plusieurs reprises au gouvernement français afin que celui-ci lui apporte son soutien en matière de sûreté et de surveillance policière. Ils avaient en outre demandé de l'aide au gouvernement britannique en particulier pour ce qui est de la sûreté et de la surveillance policière au sein de la zone de contrôle du Royaume-Uni à Coquelles. Enfin, les concessionnaires avaient adressé plusieurs demandes d'assistance à la C.I.G., laquelle, selon eux, ne leur a pas fourni la moindre assistance.
208. Selon les Demandeurs, les documents cités par le gouvernement français à l'appui de son affirmation selon laquelle les forces de police fournies étaient adéquates sont « cités et interprétés de manière tout à fait trompeuse »¹⁵³. En particulier, ces documents renvoient aux forces de police présentes dans l'ensemble du Pas-de-Calais, donnant ainsi l'impression trompeuse que les forces de police déployées afin de protéger la liaison fixe étaient significatives. Les Demandeurs contestent également le nombre de compagnies républicaines de sécurité dans le Pas-de-Calais : il n'y avait que deux ou trois compagnies de CRS et leur nombre est passé à cinq ou six pendant seulement quelques jours et à deux occasions (en novembre 2001 et novembre 2002). En outre,

¹⁵¹ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.3.

¹⁵² Duplique du Royaume-Uni, para. 4.13, citant le Compte rendu de la réunion de la C.I.G. du 26 avril 2001, liasse F, p. 3612, paras. 27-28.

¹⁵³ Réplique des Demandeurs, paras. 337-338.

seules quelques patrouilles (une partie des deux ou trois compagnies de CRS de l'ensemble du département du Pas-de-Calais) étaient présentes sur le site de Coquelles : « quelle que soit l'analyse statistique à laquelle il procède, le gouvernement français ne peut dissimuler le fait qu'il n'a pas déployé les forces de police suffisantes pour protéger le site de Coquelles »¹⁵⁴.

209. En outre, en dépit des « mesures extraordinaires » que les concessionnaires ont prises pour renforcer la sécurité, et notamment de l'augmentation du nombre de personnel privé de sécurité, il demeurerait nécessaire d'accroître les forces de police dans la région. Le personnel privé de sécurité n'avait pas le pouvoir d'arrêter ou de détenir les migrants clandestins. Après les avoir interceptés, ce personnel avait besoin de l'assistance constante de fonctionnaires de police, qui fut en fait refusée. Qui plus est, jusqu'à une époque avancée de l'année 2002, les membres des CRS à qui il incombait d'effectuer des patrouilles dans le périmètre extérieur du terminal de Coquelles n'avaient pas, à la différence des gendarmes mobiles déployés à l'extérieur du périmètre du terminal de la SNCF situé à proximité, le pouvoir d'intercepter des groupes de migrants clandestins avant que ceux-ci atteignent le périmètre de Coquelles. A aucun moment jusqu'à tard en 2002, les gendarmes mobiles ne furent déployés pour effectuer une surveillance policière et protéger le terminal de Coquelles, en dépit de l'efficacité avérée avec laquelle ils avaient poursuivi les migrants clandestins au terminal de Fréthun¹⁵⁵.
210. Quant à l'affirmation de la France selon laquelle la police aux frontières (la « PAF ») avait arrêté des milliers de migrants clandestins pour les interroger, la France omet de mentionner que la « part du lion »¹⁵⁶ de ces interceptions avait été effectuée par le propre personnel de sécurité privé des concessionnaires et que la baisse des incursions au cours de la seconde moitié de l'année 2001 était en fait due à la mise en œuvre de mesures de sûreté prises par les Demandeurs à leurs propres frais (voir paragraphe 192 ci-dessus).
211. La France rétorque que ses forces de police aux frontières chargées d'effectuer les contrôles frontaliers « ont toujours été en nombre suffisant et adapté » pour traiter le

¹⁵⁴ Réplique des Demandeurs, para. 362.

¹⁵⁵ Transcription, Jour 2, p. 27.

¹⁵⁶ Réplique des Demandeurs, para. 367.

problème de la situation migratoire dans le Calaisis¹⁵⁷. En outre, la France a « considérablement augmenté » les ressources normalement dévolues au maintien de l'ordre public dans cette région au fur et à mesure de l'augmentation du nombre de migrants clandestins tentant de rejoindre le Royaume-Uni. Ainsi, la présence de CRS passa-t-elle de deux compagnies le 1^{er} janvier 2000 à six en novembre 2002. La France relève également qu'au moins une compagnie de CRS fut déployée au profit des concessionnaires au terminal de Coquelles. Les effectifs de la PAF augmentèrent pour passer de 232 agents en août 1999 à 282 en août 2000 pour finalement atteindre le nombre de 420 le 1^{er} janvier 2003. Depuis 1999, 158 agents supplémentaires ont été assignés en renfort. En outre, le nombre de gendarmes mobiles passa de 50 à 75 entre mars 2002 et janvier 2003.

212. Selon la France, l'augmentation des forces de police françaises est apparente au vu du nombre de migrants interrogés par la PAF lors de leur tentative de pénétrer au Royaume-Uni illégalement : 82.901 personnes en 2001 (dont 6.111 placées en détention) et 67.506 personnes au cours des huit premiers mois de 2002 (dont 4.259 placées en détention)¹⁵⁸. Que les migrants clandestins aient été initialement interceptés par la PAF ou par le personnel de sécurité des concessionnaires est sans pertinence dans la mesure où les interceptions étaient le fruit d'un travail collectif impliquant nécessairement des forces de police¹⁵⁹. La France rejette également l'allégation des Demandeurs selon laquelle un manque de coordination existait entre les différentes forces de police.

213. Le Royaume-Uni n'aborde pas cette question. Selon lui, le nombre des forces de police et de sûreté et leur positionnement à Coquelles et autour de Coquelles relevaient uniquement de l'autorité du gouvernement français. Bien que le personnel de l'immigration du Royaume-Uni ait disposé de certains pouvoirs d'action en vertu des arrangements intergouvernementaux, ces pouvoirs étaient limités quant à leur étendue, leur objectif et particulièrement leur localisation. Il y eut peu d'activité clandestine,

¹⁵⁷ Contre-Mémoire de la France, para. 2.2.86.

¹⁵⁸ La France fait état des chiffres suivants pour l'année 2001 : 2.655 interceptions en janvier ; 3.821 en février ; 2.655 en mars ; 10.000 incursions en août ; 5.000 en octobre et 3.500 en décembre (Contre-Mémoire de la France, para. 1.1.30). Ces chiffres sont en outre discutés dans la Duplique de la France, paras. 3.2.47-3.2.56.

¹⁵⁹ Duplique de la France, para. 3.2.55.

voire aucune, près de la zone de contrôle du Royaume-Uni ou dans cette zone, et il n'appartenait pas aux autorités du Royaume-Uni de lutter contre celle-ci.

3. La politique de poursuites et sa mise en œuvre

214. Selon les Demandeurs, les gouvernements n'ont pas engagé de poursuites à l'encontre des migrants clandestins en ce qui concerne leurs agissements délictueux visant les biens des concessionnaires. Il est exact que certains des « trafiquants d'êtres humains » opérant au centre de Sangatte ont été poursuivis par les autorités françaises, mais la plupart de ceux qui furent poursuivis occupaient des positions relativement peu élevées au sein des réseaux illégaux. Les Demandeurs prétendent que le procureur de Boulogne-sur-Mer avait adopté une politique d'abandon des poursuites judiciaires à l'encontre des migrants clandestins lorsqu'elles auraient été fondées sur l'illégalité de leur entrée et de leur séjour sur le territoire français. Ainsi, entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 août 2001, seuls 60 migrants clandestins ont été jugés et condamnés au Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer. Ceci n'a eu aucun effet dissuasif, mais le simple fait que des poursuites furent intentées montre qu'« il était tout à fait possible pour le procureur, et même dans ses pouvoirs, de poursuivre, juger et condamner les immigrés clandestins sur le fondement de l'illégalité de leur présence en France, si toutefois le gouvernement français avait choisi de se conformer à ses obligations »¹⁶⁰. En outre, il n'y eut qu'un seul cas dans lequel quatre migrants clandestins furent condamnés à une amende pour des délits ayant causé des dommages. Ceci renforça le « climat d'impunité » dans lequel opéraient les migrants clandestins. Le statut éventuel de demandeurs d'asile n'est pas pertinent dans ce contexte dans la mesure où ce statut ne confère pas d'immunité s'agissant de crimes et délits commis sur le territoire français.

215. Selon la France, l'interception de migrants clandestins (que ce soit du fait des concessionnaires ou des autorités françaises) a eu pour conséquence que des personnes ont été arrêtées pour être interrogées et, dans certains cas, placées en détention. Des procédures furent engagées par le bureau du procureur de Boulogne-sur-Mer en vue de tenter de démanteler des réseaux d'immigration clandestine. En pratique, le travail du procureur était toutefois difficile en raison de l'absence de papiers portés par la plupart

¹⁶⁰ Réplique des Demandeurs, para. 380.

des migrants. En outre, le statut « d'étrangers non expulsables » garanti en vertu du droit français d'asile à des ressortissants provenant de pays politiquement instables, rendait impossible d'engager une procédure judiciaire à l'encontre de ces ressortissants. Pour ces raisons, et pour d'autres, une politique de refoulement systématique aurait été impossible à mettre en place en pratique.

216. Le Royaume-Uni, cohérent avec sa position générale selon laquelle il s'agissait d'une question qui relevait des autorités françaises, n'avance pas d'argument particulier à cet égard. Il souligne que n'existait aucune suggestion « que quiconque aurait dû être emmené en Angleterre pour y être jugé »¹⁶¹. Pour les autorités britanniques, arrêter et détenir des demandeurs d'asile potentiels et les transporter au Royaume-Uni serait revenu à leur donner exactement ce qu'ils souhaitaient : être présents sur le territoire britannique où ils pouvaient alors faire une demande d'asile.

4. Les fondements de la Demande relative à Sangatte

217. Les quatre fondements essentiels de la demande relative à Sangatte ont été énumérés au paragraphe 188. Les arguments des Parties ce qui les concerne peuvent être résumés comme suit.

(a) Responsabilité de la sûreté à Sangatte

218. Les Demandeurs acceptent le fait qu'aucun des deux gouvernements n'était responsable du flux migratoire et que tenter de résoudre ce problème constituait un réel défi. Néanmoins, ils avancent que la vraie question était « si les [gouvernements], qui étaient responsables des contrôles frontaliers, des normes de la sécurité et de la sûreté, qui étaient responsables de la surveillance policière et de la coopération entre [les forces de police, avaient adopté] des mesures efficaces et appropriées pour exécuter leurs obligations de protection des concessionnaires [...] »¹⁶². Selon les Demandeurs, le Contrat de concession comporte « une reconnaissance » que les exigences de financement privé du projet « dépendent de la capacité de la Liaison Fixe à produire un 'cash flow' soutenu et ininterrompu »¹⁶³. Les gouvernements « se sont engagés à assurer que [...] la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe ne seraient soumises à

¹⁶¹ Transcription, Jour 10, p. 4 (traduction de la version originale anglaise, Jour 10, p. 7).

¹⁶² Transcription, Jour 1, p. 121.

¹⁶³ Requête, para. 17.

aucune ingérence susceptible de compromettre le flux de revenus nécessaire [...] au financement du coût de l'investissement privé »¹⁶⁴. Aux termes du Contrat de concession, les gouvernements sont tenus de « prendre les dispositions nécessaires pour le bon déroulement de l'exploitation de la Liaison Fixe » qui comprennent « la mise en place d'une infrastructure appropriée et d'effectifs suffisants pour l'exercice de la police et des contrôles frontaliers, ainsi que l'interdiction d'interrompre ou d'interférer avec l'exploitation de la Liaison Fixe par les concessionnaires »¹⁶⁵.

219. Selon les Demandeurs, de nombreuses dispositions du Traité, du Contrat de concession, du Protocole de Sangatte et de l'Accord spécial de sûreté reflètent l'importance fondamentale de la surveillance policière et de la sûreté du projet de liaison fixe. Ces instruments confirment la « responsabilité prépondérante » des gouvernements en matière de surveillance policière et de sûreté, ainsi que l'importance de la coopération entre les deux gouvernements à cet égard¹⁶⁶. Les Demandeurs font état de leur « rôle limité »¹⁶⁷ s'agissant des questions de sûreté, souligné par l'exigence que tous les plans, projets ou arrangements proposés par les concessionnaires et affectant la sûreté de la liaison fixe soient soumis pour approbation aux gouvernements. Selon eux, il n'est tout simplement pas crédible de prétendre que les questions de défense et de sûreté, deux domaines qui « relèvent traditionnellement et nécessairement de la responsabilité des gouvernements » relèvent principalement de la responsabilité des concessionnaires¹⁶⁸. « Seuls les gouvernements peuvent prendre les mesures nécessaires pour assurer la sûreté de la Liaison Fixe, de manière appropriée, contre des assauts massifs et répétés d'immigrés clandestins »¹⁶⁹.

220. En ce qui concerne les contrôles frontaliers, les Demandeurs soutiennent que les gouvernements n'ont pas procédé aux arrangements nécessaires aux fins d'assurer un niveau de contrôle de la liaison fixe, et l'efficacité de celui-ci, propres à concilier autant que possible l'écoulement rapide du trafic et l'efficacité des contrôles, en violation de l'article 4(1) du Traité et de l'article 15(2) du Contrat de concession. En particulier, les gouvernements n'ont pas mis en place les contrôles frontaliers juxtaposés de la liaison

¹⁶⁴ Requête, para. 17.

¹⁶⁵ Requête, para. 18.

¹⁶⁶ Mémoire des Demandeurs, para. 45.

¹⁶⁷ Mémoire des Demandeurs, para. 46.

¹⁶⁸ Réplique des Demandeurs, para. 311.

¹⁶⁹ Réplique des Demandeurs, para. 311.

fixe et n'ont pas renforcé ces contrôles lorsque l'activité des migrants clandestins a augmenté. Selon les Demandeurs, ceci était en violation de l'article A1.43 de l'Annexe 1 au Contrat de concession, qui prescrit la présence d'autorités de contrôles frontaliers afin de permettre le fonctionnement permanent de la liaison fixe, et de l'article 38 du Protocole de Sangatte qui impose aux gouvernements une obligation d'exercer une compétence policière sur les personnes commettant des délits en vertu du droit de chacun des États au sein du périmètre de la liaison fixe.

221. En ce qui concerne la surveillance policière et la sûreté, les Demandeurs soutiennent que les gouvernements n'ont pas déployé les forces de police ou autres ressources nécessaires afin de protéger la liaison fixe de l'activité des migrants clandestins, et que leur manquement à ce faire constitue une violation des articles 2(2) et 12(1) du Traité, des articles 2.1, 13.1 et 23 du Contrat de concession et des articles 3 et 6(1) de l'Accord particulier de sûreté. Ce grief est avancé solidairement à l'encontre de chacun des gouvernements et conjointement à l'encontre des deux.
222. En ce qui concerne le gouvernement français, les Demandeurs font état d'une déclaration faite en novembre 2002, à la suite de l'annonce de la fermeture du centre de Sangatte, par le ministre de l'intérieur de l'époque, qui déclara que les anciens dirigeants de l'administration française « sont complices [de la création] d'une situation d'impasse totale pendant quatre ans et n'ont pris aucune mesure. L'action de ce gouvernement est une mise en accusation de l'immobilisme d'hier »¹⁷⁰. Cet aveu, avançaient-ils, était fondé eu égard au fait que la France :
- n'a pas pris les mesures nécessaires en ce qui concerne les interférences des migrants clandestins dans l'exploitation de la liaison fixe ;
 - n'a pas mis en place de surveillance policière, de sûreté, ni de contrôles frontaliers sur le terminal de Coquelles et autour de celui-ci, ou sur la liaison fixe dans son ensemble ;
 - s'est abstenue d'agir à la suite des demandes des concessionnaires visant à obtenir de l'aide pour régler le problème soulevé par les migrants clandestins ;
 - n'a pas mis en détention les migrants clandestins repérés par le personnel des concessionnaires ; et

¹⁷⁰ Réplique des Demandeurs, para. 193, citant Le Figaro « Nicolas Sarkozy : pourquoi il fallait fermer l'accès à Sangatte », 12 novembre 2002, Mémoire des Demandeurs, Annexe 216.

- s'est abstenue de poursuivre les migrants clandestins.

223. En ce qui concerne le Royaume-Uni, les Demandeurs soutiennent qu'il n'a pas déployé les forces de police ou autres ressources nécessaires afin de protéger de l'activité des migrants clandestins les quais des navettes au sein de la zone de contrôle du terminal de Coquelles. Ils soulignent que le concept de contrôles frontaliers juxtaposés visait à appliquer le droit et la réglementation britanniques dans la zone de contrôle à Coquelles. Dans les faits, toutefois, « la présence de la police britannique a été, d'une façon constante, quasiment inexistante à Coquelles »¹⁷¹ et les « rares agents présents refusaient d'apporter leur assistance pour procéder à l'arrestation des immigrés clandestins, en dépit de leurs pouvoirs et responsabilités »¹⁷². En d'autres termes, « une grande partie de leur activité consistait simplement à observer les infractions et les actes illégaux se déroulant autour d'eux sans fournir aucune aide »¹⁷³. Le manquement du Royaume-Uni à cet égard constituait une violation des articles 2(2) du Traité et 2.1, 12.1, 25.1 et 27.7 du Contrat de concession.

224. En réponse à l'observation du Royaume-Uni relevant le fait que la zone de contrôle n'était pas clôturée et que les incursions n'avaient pas lieu à cet endroit, les Demandeurs affirment que « même si la zone de contrôle britannique n'est pas 'clôturée sur tous les côtés', la zone entière comprenant les contrôles français et britannique est sécurisée »¹⁷⁴ et que ceci aurait dû permettre au Royaume-Uni d'aider à exercer une surveillance policière efficace de celle-ci. Outre ces manquements individuels, les Demandeurs prétendent que les gouvernements n'ont pas coopéré et n'ont pas coordonné leur action dans le cadre du problème des migrants clandestins au terminal de Coquelles et autour de celui-ci. En particulier, ils n'ont pas coordonné leur action s'agissant des questions relevant de la surveillance policière, de la sûreté et des contrôles frontaliers sur la liaison fixe. Ils avancent que « la réaction de chacun des gouvernements consistait à blâmer l'autre. Selon la France, il s'agissait du problème du Royaume-Uni ; c'était au Royaume-Uni que les migrants cherchaient à pénétrer [...] En revanche, pour le Royaume-Uni, il s'agissait du problème de la France ; les incursions avaient lieu sur le

¹⁷¹ Réplique des Demandeurs, para. 395.

¹⁷² Réplique des Demandeurs, para. 455 (traduction du greffe).

¹⁷³ Réplique des Demandeurs, para. 463.

¹⁷⁴ Réplique des Demandeurs, para. 440.

territoire français, c'était à la France de régler ce problème »¹⁷⁵. Selon les Demandeurs, ceci créa un « vide »¹⁷⁶ au sein duquel les migrants clandestins et leurs passeurs pouvaient se livrer à leurs activités dans une relative impunité.

225. Plus spécifiquement, les Demandeurs renvoient au manque de coopération et de coordination au niveau opérationnel entre les forces de sûreté françaises et britanniques dans le cadre de leurs actions sur le terrain afin de lutter contre les activités des migrants clandestins. Les Demandeurs prétendent que la seule action concertée d'envergure entreprise par les deux gouvernements fut « l'opération Ulysse fin 2002 qui a permis de réduire le nombre d'immigrés clandestins arrivant dans le Pas-de-Calais dans le cadre de la fermeture du centre de Sangatte »¹⁷⁷.
226. Enfin, les Demandeurs font référence au manquement des gouvernements à coopérer et à se coordonner au sein de la C.I.G. afin de prendre des initiatives pour résoudre le problème des migrants clandestins. Le rôle de la C.I.G. se confinait à « une simple prise en compte de l'évolution de la situation » et il n'y eut aucune « tentative sérieuse de la part de cette commission de fournir une réponse appropriée au problème ou de prendre des mesures positives »¹⁷⁸. Selon les Demandeurs, chacune des délégations à la C.I.G. esquivaient ses responsabilités en les reportant sur l'autre gouvernement ou sur les concessionnaires. Les Défendeurs auraient ainsi violé leurs obligations de coopération prévues aux articles 2(2), 4(1), 10(1) et 18(b) du Traité et aux articles 2.1, 15.2 et 27.7 du Contrat de concession, ainsi qu'à l'article 3(1) du Protocole de Sangatte. Il est également fait référence dans ce cadre aux articles 2(4) et 6(4) de l'Accord particulier de sûreté.
227. Pour sa part, la France soutient que selon les termes du Contrat de concession, les concessionnaires avaient une responsabilité première de surveillance et de sûreté, alors que les gouvernements n'assumaient qu'un « rôle de contrôle et de supervision »¹⁷⁹. Ceci serait confirmé par l'article 21.1 du Contrat de concession qui stipule que la responsabilité envers les utilisateurs ou autres tiers incombe uniquement aux

¹⁷⁵ Transcription, Jour 1, pp. 8-9 (traduction du greffe de la version originale anglaise, Jour 1, pp. 8-9).

¹⁷⁶ Mémoire des Demandeurs, para. 156.

¹⁷⁷ Réplique des Demandeurs, para. 573 (souligné dans l'original) (traduction du greffe).

¹⁷⁸ Réplique des Demandeurs, para. 595.

¹⁷⁹ Contre-Mémoire de la France, para. 2.2.65, renvoyant aux stipulations suivantes du Contrat de concession : articles 14.2, 15.1, 15.3 et 23 ; Annexe I, articles A.I.44, A.I.56(iv) et article 13(3) du Traité.

concessionnaires en ce qui concerne la construction ou l'exploitation de la liaison fixe. En outre, pour satisfaire à leur obligation de s'assurer de la sûreté des installations de la liaison fixe et la sécurité du trafic, les concessionnaires devaient se conformer aux exigences des gouvernements et se soumettre à leur contrôle. La responsabilité de la France ne pourrait donc être engagée que si elle avait « imposé aux concessionnaires des charges excessives » ou que si elle avait « manqué à [son] devoir de vigilance »¹⁸⁰. Ce sont toutefois les concessionnaires qui n'ont pas protégé la liaison fixe : leur « tentative de faire supporter [à la France] la charge de cette protection ne saurait être retenue »¹⁸¹.

228. En ce qui concerne son prétendu manquement à mettre en place des contrôles frontaliers, la France soutient que l'article 15.2 du Contrat de concession (ainsi que l'article A.1.43 de l'Annexe A.I.4) ne prévoit pas de surveillance policière particulière au terminal de Coquelles ou de contrôles de sûreté spécifiques du tunnel. Plus généralement, en ce qui concerne les mesures de sûreté, l'article 15.2 du Contrat de concession impose tout au plus une obligation de moyens, mais non une obligation de résultat. Or, la France n'a pas été défaillante dans la prise de mesures pour tenter de résoudre le problème.
229. En ce qui concerne le droit des concessionnaires d'exercer leurs activités librement et dans des conditions commerciales normales (article 12(1) du Traité ; articles 2.1, 12.1, 25.1 et 27.7 du Contrat de concession), une telle obligation générale n'existait pas. En particulier, le fait que les Demandeurs transforment celui-ci en une obligation positive d'agir est irrecevable.
230. Enfin, la France soutient qu'elle n'a pas violé son obligation de prendre les mesures nécessaires à l'exploitation de la liaison fixe conformément au Contrat de concession (article 2(2) du Traité ; article 2.1 du Contrat de concession). Elle répète qu'il n'existe pas d'obligation générale de protection afin d'assurer l'exploitation permanente des concessionnaires. Au plus, cette stipulation serait pertinente uniquement dans des situations dans lesquelles des mesures auraient été nécessaires pour la survie même des activités des concessionnaires, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

¹⁸⁰ Contre-Mémoire de la France, para. 2.2.73.

¹⁸¹ Contre-Mémoire de la France, para. 2.2.78.

231. Selon le Royaume-Uni, la question de la responsabilité de la surveillance policière et de la sûreté sur le site de Coquelles est le point clef du présent différend¹⁸². La responsabilité première relève des Demandeurs, tandis que les gouvernements conservent certains contrôles réglementaires sur les questions de défense et de sûreté. Ainsi, le Royaume-Uni n'était-il pas responsable de la clôture et de la surveillance policière de la zone de contrôle, et ne l'est-il pas davantage actuellement. Selon le Royaume-Uni « le coût de maintenir la sûreté de la liaison fixe incombait aux concessionnaires, conséquence inéluctable du principe selon lequel cette liaison devait être construite et exploitée sans recours aux fonds publics, et aux risques et périls des concessionnaires »¹⁸³.
232. En particulier, les gouvernements n'acceptaient aucune obligation positive d'agir de manière à sauvegarder les recettes générées par la liaison fixe. Il appartenait aux Demandeurs de développer, construire et exploiter la liaison fixe « à leurs risques et périls » et « quels que soient les aléas rencontrés » (article 2.1 du Contrat de concession). L'obligation énoncée à l'article 27.7 du Contrat de concession de prendre « en considération les préoccupations commerciales légitimes des concessionnaires, notamment pour éviter des dépenses et des délais inutiles » ne peut pas être assimilée à une obligation d'agir en fonction des objectifs commerciaux des concessionnaires.
233. Toutefois, ajoute-t-il, même si les deux gouvernements étaient responsables de la sûreté de la liaison fixe, comme le soutiennent les Demandeurs, le Royaume-Uni ne pourrait être tenu pour responsable du manquement à assurer la sûreté en France. Il appartient en effet à chaque État de maintenir l'ordre sur son propre territoire et la situation n'est, en principe, pas différente à Coquelles, comme en attestent les articles 6(1) et 6(2) de l'Accord particulier de sûreté. L'obligation de chaque État en ce qui concerne les incidents survenus sur le territoire de l'autre est limitée à une assistance, par exemple, en fournissant accès et renseignements. En particulier, « [s]i les autorités britanniques avaient tenté d'assurer une surveillance policière de la zone de contrôle [...], le gouvernement français s'y serait énergiquement opposé, considérant leur action

¹⁸² Duplique du Royaume-Uni, para. 1.2.

¹⁸³ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 2.43 ; le Royaume-Uni se fonde sur les articles 14.1, 14.2, 15.1, 15.3, 21.1 et 23 du Contrat de concession.

comme une usurpation de sa compétence sur son propre territoire, ce qui aurait manifestement entraîné une violation du Protocole de Sangatte »¹⁸⁴. Le pouvoir du Royaume-Uni dans la zone de contrôle à Coquelles est restreint aux contrôles frontaliers et n'inclut aucune responsabilité en ce qui concerne le fait d'empêcher le flux des migrants clandestins dans le terminal ou de réagir à celui-ci. Même si la police britannique avait été placée à cet endroit en force, ses pouvoirs d'arrestation auraient été extrêmement limités et n'auraient pas résolu le problème. Selon le Royaume-Uni en effet :

la zone de contrôle n'est pas une zone sécurisée, mais plutôt une zone de démarcation dans laquelle des agents britanniques exercent leurs fonctions de contrôles frontaliers [...] La zone de contrôle n'est par conséquent pas clôturée sur tout son périmètre et, à divers endroits, de simples petits panneaux sur l'herbe ou sur le tarmac indiquent les limites de la zone, sans qu'il y ait une barrière ou une ligne de démarcation quelconque. Une telle structure ne permet pas aux autorités britanniques d'assurer une surveillance policière et une sûreté efficaces. S'il avait été prévu que les autorités britanniques aient la responsabilité d'empêcher les incursions dans la zone de contrôle, nul doute que cette zone aurait été bien différemment délimitée¹⁸⁵.

234. Le Royaume-Uni conteste également l'allégation selon laquelle ses forces de police étaient insuffisantes dans la zone de contrôle. La présence policière britannique au terminal de Coquelles consistait en agents de la *Special Branch* dont la mission première était le contre-terrorisme. La police « était présente 24 heures sur 24, 7 jours par semaine », mais « cela n'a peut-être pas été apparent aux demandeurs étant donné que les agents de la *Special Branch* sont en tenue civile »¹⁸⁶. Il y avait également un important contingent de personnel du service de l'immigration britannique (« UKIS »). Ils détenaient souvent les migrants clandestins dans la zone de contrôle (dans l'attente de l'examen de leur droit à pénétrer au Royaume-Uni) et un nombre substantiel de ceux-ci était remis à la PAF. Selon le Royaume-Uni, les officiers de l'UKIS rendaient également compte de manière régulière de l'activité clandestine aux concessionnaires et à la PAF et s'offraient à fournir aux concessionnaires d'autres conseils afin de renforcer leurs dispositifs de sécurité¹⁸⁷. En outre, l'UKIS a massivement augmenté ses capacités

¹⁸⁴ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.8. Voir également Transcription, Jour 3, pp. 10-12 (traduction de la version originale anglaise, Jour 3, pp. 12-14).

¹⁸⁵ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.4. Voir également Transcription, Jour 3, pp. 8-9 (traduction de la version originale anglaise, Jour 3, pp. 11-12).

¹⁸⁶ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.11.

¹⁸⁷ Les concessionnaires acceptèrent cette offre et un rapport détaillé fut ensuite établi et adressé à Eurotunnel en avril 2002.

de fouille et de surveillance dans la zone de contrôle et « a encouru des dépenses considérables et a tout mis en œuvre » pour fournir de nouvelles techniques de détection aux concessionnaires¹⁸⁸.

235. Toutefois, le point fondamental, selon le Royaume-Uni, est que les zones de contrôle « n'étaient pas [...] empruntées habituellement par les clandestins. Bien au contraire, ceux-ci faisaient tout ce qu'ils pouvaient pour accéder au tunnel et/ou au train en évitant les contrôles aux frontières. Il arrivait fréquemment qu'ils forcent la clôture à une certaine distance des contrôles aux frontières »¹⁸⁹. Cela étant, le fait de poster à Coquelles des agents formés aux arrestations (étant donné le champ restreint des délits britanniques pouvant justifier une arrestation) « n'aurait rien changé en pratique aux problèmes posés par les incursions des immigrants à Coquelles »¹⁹⁰.

236. Concernant le manquement à coopérer, la France avance que l'article 2(2) du Traité n'oblige pas les gouvernements à agir conjointement et que les autres dispositions auxquelles renvoient les Demandeurs ne créent aucun droit supplémentaire à leur profit. Selon la France, l'obligation de coordination prévue à l'article 2.1 du Contrat de concession est d'abord une obligation de moyens et « ne joue qu'en amont de l'adoption des mesures décidées par les gouvernements [...] L'obligation de coordination implique certes le devoir pour les gouvernements de *s'efforcer* d'agir en commun, non d'y *réussir* »¹⁹¹. Ainsi comprise, et en dépit de désaccords sur certains points (tel que celui du régime des pénalités civiles), les gouvernements ont scrupuleusement satisfait à leur obligation de coordination. Ils « ont constamment coordonné leur action en vue de faire face aux conséquences néfastes découlant de l'immigration clandestine dans le Pas-de-Calais, afin de permettre l'exploitation de la liaison fixe conformément au contrat de concession »¹⁹². En particulier, la France renvoie à la coopération constante, tant au niveau opérationnel que politique, entre les deux gouvernements telle que reflétée dans les nombreux échanges, réunions et consultations entre leurs représentants officiels¹⁹³. D'un point de vue pratique, la France renvoie à la coordination effective de l'action des

¹⁸⁸ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.13.

¹⁸⁹ Transcription, Jour 3, p. 17 (traduction de la version originale anglaise, Jour 3, p. 19), citant l'Attestation de M. Michael Bowron, liasse C, onglet 15, p. 2368.

¹⁹⁰ Transcription, Jour 4, pp. 98-99 (traduction de la version originale anglaise, Jour 4, p. 80).

¹⁹¹ Contre-Mémoire de la France, para. 2.4.162 (souligné dans l'original).

¹⁹² Contre-Mémoire de la France, para. 2.4.169.

¹⁹³ Duplique de la France, paras. 3.4.20-3.4.40.

forces de sûreté françaises et britanniques. Une illustration de l'intention des gouvernements de renforcer leur coopération pour lutter contre l'immigration clandestine réside dans la signature du Protocole additionnel au Protocole de Sangatte le 29 mai 2000 et la création de contrôles frontaliers juxtaposés qui permit aux autorités du Royaume-Uni d'appliquer le droit britannique en matière d'immigration dans une zone spécifiquement délimitée du terminal de Coquelles.

237. La France fait également état du sommet franco-britannique qui eut lieu à la fin de 2002, ainsi qu'à la création de la Commission franco-britannique transmanche comme attestant de la volonté des deux gouvernements de coopérer. Même avant que ces décisions ne soient prises, la C.I.G. examina avec le soin requis le problème de l'immigration clandestine en agissant dans un esprit de coopération. Les gouvernements furent assistés dans ce cadre par le *Stowaway Operational Group* qui tenait des réunions hebdomadaires afin de coordonner les actions de lutte contre l'immigration clandestine.
238. Le Royaume-Uni relève que ce qui est prétendu est un manquement des gouvernements à coopérer et coordonner leur action et non un manquement à coopérer avec les Demandeurs. Selon le Royaume-Uni, en effet, « une exception immédiate et évidente est soulevée en ce qui concerne la compétence du Tribunal à juger des prétendus manquements à coopérer qui ne concernent pas du tout les demandeurs directement »¹⁹⁴. En tout état de cause, les dispositions sur lesquelles se fondent les Demandeurs ne prévoient aucune obligation de coopérer ou de coordonner leur action¹⁹⁵. Ainsi, l'article 2.1 du Contrat de concession prévoit-il que les gouvernements « s'efforceront de coopérer » en adoptant des mesures législatives et réglementaires ; selon le Royaume-Uni, il s'agit là d'une obligation très éloignée d'une stricte obligation de coopération. L'article 18(b) du Traité impose aux gouvernements la seule obligation de se consulter « à la demande de l'Un d'entre eux » ; l'article 18(b) du Traité ne crée pas d'obligation autonome de se consulter, et encore moins de coopérer ou de coordonner leur action, sur laquelle pourraient se fonder les Demandeurs. L'article 15.2 du Contrat de concession ne concerne qu'une obligation de prendre des mesures conformes aux Directives du Conseil des Communautés européennes. Selon le Royaume-Uni, l'article 3(1) du Protocole de Sangatte n'est applicable qu'entre les deux gouvernements et n'est pas

¹⁹⁴ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.50 (traduction du greffe).

¹⁹⁵ Transcription, Jour 4, pp. 126-127 (traduction de la version originale anglaise, Jour 4, pp. 102-103).

destiné à s'appliquer à des tiers. En outre, celui-ci est limité par la disposition selon laquelle la coopération doit avoir lieu « conformément au droit national applicable ». En ce qui concerne les articles 2 et 4 de l'Accord particulier de sûreté, le Royaume-Uni soutient que ceux-ci ne créent pas d'obligation opposable par les concessionnaires et prévoient tout au plus une simple obligation d'information et de consultation, dans la mesure considérée nécessaire. Enfin, le Royaume-Uni soutient que ces dispositions en matière de coopération n'excluent pas la possibilité d'action unilatérale des gouvernements.

239. Le Royaume-Uni soutient de plus que, même s'il existait des obligations sans équivoque de coopération sur lesquelles les Demandeurs pourraient se fonder, les traiter comme des obligations de résultats plutôt que des obligations de moyens serait inacceptable¹⁹⁶. Le Royaume-Uni s'est conformé à ces obligations en tant qu'obligations de moyens, y compris sur des sujets pour lesquels les gouvernements n'étaient pas parvenus à un accord. Le Royaume-Uni renvoie à de nombreux exemples de coopération et de coordination à différents niveaux (Premier ministre, ministre, diplomatique et autres contacts entre des représentants officiels, ainsi que la coopération entre agents sur le terrain sur le site de Coquelles)¹⁹⁷. Il fait également état de la création de la Commission transmanche et du travail de la C.I.G.. Si les Demandeurs n'ont pas reçu l'aide qu'ils souhaitaient obtenir de la C.I.G., « ceci est dû en partie au fait que la CIG n'en avait pas le pouvoir [...] mais en grande partie, au fait que la CIG a reconnu à juste titre qu'il appartenait aux demandeurs de maintenir la protection du site »¹⁹⁸. Selon le Royaume-Uni, l'allégation selon laquelle il existait des désaccords permanents entre les délégations respectives des deux gouvernements à la C.I.G. est sans fondement.
240. En outre, la fermeture ultérieure du centre de Sangatte « est une preuve incontestable qu'une coopération entre gouvernements sur une question politique complexe et difficile peut mener à des résultats satisfaisants »¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.53.

¹⁹⁷ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, paras. 4.56 et s., et Transcription, Jour 4, pp. 133-136 (traduction de la version originale anglaise, Jour 4, pp. 108-110).

¹⁹⁸ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.31.

¹⁹⁹ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.61.

(b) La discrimination à l'encontre de la liaison fixe

241. Sur un deuxième terrain, les Demandeurs exposent que les gouvernements ont traité d'autres opérateurs transmanche de manière plus favorable lorsque ceux-ci ont été confrontés à des problèmes similaires, voire moins graves. Les Demandeurs prétendent que ce traitement discriminatoire constitue une violation de l'article 15.3 du Contrat de concession en particulier ; l'article 27.5 est également invoqué dans ce cadre.

(i) *Traitement favorable du terminal de la SNCF*

242. Les Demandeurs affirment que les mesures de sûreté accrue mises en place par les Demandeurs à la fin de l'année 2001 eurent pour conséquence que les migrants clandestins ont recouru à une autre méthode afin d'entrer sur le territoire britannique, à savoir passer par le terminal de la SNCF. Le nombre de migrants clandestins interceptés en 2002 au sein du terminal de la SNCF a augmenté, passant de 2.159 en janvier à 3.048 en mars et à 8.750 en mai (voir **tableau 2** – au paragraphe 65). Selon les Demandeurs, les manquements constants des gouvernements à assurer une sûreté et une surveillance policière pour la liaison fixe contrastent avec les mesures, prises rapidement, afin de protéger le terminal de fret de la SNCF d'interruptions comparables²⁰⁰. Ce traitement favorable accordé à la SNCF était disproportionné dans la mesure où le terminal SNCF ne représente qu'un faible pourcentage de l'ensemble du trafic de fret transitant par la liaison fixe et occupe une superficie beaucoup moins importante, dotée de clôtures extérieures, le rendant ainsi relativement plus facile à sécuriser que le terminal de Coquelles²⁰¹. L'assistance prêtée par la France à la SNCF eut pour conséquence immédiate d'accroître le nombre de migrants clandestins interceptés au terminal de la SNCF. Au milieu de l'année 2002, les migrants clandestins ne pouvaient plus passer du site de Fréthun à celui de Coquelles pendant les heures de patrouille des gendarmes mobiles. Les Demandeurs soutiennent qu'en conséquence, les migrants clandestins ont de nouveau concentré leurs efforts sur le site de Coquelles.

²⁰⁰ Transcription, Jour 8, pp. 125-126 (traduction de la version originale anglaise, Jour 8, pp. 141-142).

²⁰¹ La clôture du terminal de la SNCF est longue de trois kilomètres, alors que celle du terminal de Coquelles des concessionnaires est d'environ 12 kilomètres.

243. Les Demandeurs font en particulier état de deux exemples de traitement plus favorable accordé au terminal de la SNCF :
- le recours à des gendarmes mobiles déployés par la France afin de protéger le terminal de la SNCF ; et
 - l'installation de matériel de haute technologie par les deux gouvernements au sein du terminal de la SNCF.
244. Selon les Demandeurs, le nombre de CRS déployés au site de Coquelles au cours des six derniers mois de 2002 représentait environ la moitié des 50 à 75 hommes qui étaient déployés sur le terminal de la SNCF. En outre, les gendarmes mobiles utilisaient leurs véhicules de dotation pour escorter les clandestins hors du terminal de la SNCF, alors que les concessionnaires devaient payer un bus et un chauffeur aux mêmes fins.
245. Lorsqu'en mai 2002, la SNCF décida de nouveau la fermeture du terminal de Fréthun, les Demandeurs prétendent que les deux gouvernements réagirent immédiatement en mettant en place des installations de sécurité de haute technologie. Selon eux, la SNCF et la *British Strategic Rail Authority* (la « SRA ») ont toutes deux financé les nouvelles mesures de sécurité du terminal de la SNCF pour un coût total d'environ 7,5 millions d'euros, alors que les concessionnaires devaient assumer eux-mêmes le coût significatif de la réparation de la clôture périmétrique de Coquelles.
246. La France récuse la manière dont les Demandeurs décrivent le problème des migrants clandestins dans le Calais. Elle soutient qu'en 2002, les pressions migratoires étaient beaucoup plus intenses au terminal de la SNCF qu'au terminal de Coquelles²⁰². En outre, le phénomène de l'augmentation relative au terminal de Coquelles entre août et octobre était « bien trop particulier et ponctuel pour que des conclusions générales puissent en être tirées quant à de prétendus manquements de la République française »²⁰³. En tout état de cause, « il est évident que protéger le site de Fréthun, c'est *ipso facto* protéger Eurotunnel »²⁰⁴.

²⁰² Duplique de la France, paras. 3.3.11 et s.

²⁰³ Contre-Mémoire de la France, para. 2.3.145.

²⁰⁴ Transcription, Jour 6, p. 18.

247. Selon la France, les mesures prises en 2002 étaient adéquates pour protéger le site de la SNCF dans les circonstances de l'époque et « absolument pas disproportionnées » avec les mesures prises pour protéger le site de Coquelles²⁰⁵. Environ 50 fonctionnaires furent affectés à la sûreté du site de la SNCF tandis que l'effectif de la police française des frontières affecté à la protection du site de Coquelles dépassait le chiffre de 300, avec la présence de deux ou trois compagnies de CRS²⁰⁶.
248. Le Royaume-Uni nie, quant à lui, avoir favorisé la SNCF en payant 3,75 millions d'euros pour financer de nouvelles mesures de sécurité de haute technologie à Fréthun²⁰⁷. Selon le Royaume-Uni, les Demandeurs ont été incapables de démontrer une quelconque intention de leur porter préjudice ; en fait, les Demandeurs eux-mêmes ont considérablement bénéficié de cette aide, car elle a amélioré la sûreté au terminal de Coquelles²⁰⁸. Le Royaume-Uni constate que les Demandeurs eux-mêmes n'ont jamais fait de demande auprès de la SRA afin de bénéficier d'aides pour les améliorations qu'ils ont apportées à la sûreté sur le site de Coquelles.

(ii) *Le traitement favorable du Port de Calais*

249. Selon les Demandeurs, les gouvernements ont également accordé un traitement plus favorable au Port de Calais dans le cadre de la lutte contre l'immigration clandestine. Ils font en particulier état de quatre situations.
250. La première était la décision même d'établir le centre de Sangatte à l'écart du Port de Calais et beaucoup plus proche du site de Coquelles. Ils soutiennent que le Port de Calais était moins vulnérable et moins exposé aux activités des migrants clandestins que le terminal de Coquelles qui était, lui, situé en pleine campagne²⁰⁹.
251. En deuxième lieu, le Port de Calais bénéficiait de forces de police déployées par la France proportionnellement plus importantes que Coquelles. Selon les Demandeurs, la France a déployé autant de policiers ou d'agents de la PAF au Port de Calais, voire

²⁰⁵ Contre-Mémoire de la France, para. 2.3.138. Voir également la Duplique de la France, paras. 3.3.30-3.3.40.

²⁰⁶ Contre-Mémoire de la France, para. 2.3.138.

²⁰⁷ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.67.

²⁰⁸ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.67.

²⁰⁹ Transcription, Jour 1. pp. 155-156.

davantage, qu'au terminal de Coquelles en dépit de la superficie beaucoup plus importante de ce dernier et de sa vulnérabilité aux incursions des migrants clandestins, en comparaison avec l'exploitation des compagnies utilisant des navires transbordeurs.

252. En troisième lieu, les Demandeurs soutiennent que le Royaume-Uni a favorisé le Port de Calais par le financement de deux scanners devant y être installés pour fonctionner en 2002. En réponse à l'explication du Royaume-Uni concernant les investissements engagés par lui, les Demandeurs prétendent qu'ils eurent à supporter les frais de fonctionnement du scanner et que la Chambre de commerce de Calais (et non les transbordeurs) prit ces frais à sa charge pour le Port de Calais²¹⁰.
253. En quatrième lieu, les Demandeurs prétendent que le Traité de contrôles frontaliers du 4 février 2003 est plus avantageux pour le Port de Calais que pour Coquelles²¹¹. Selon les Demandeurs, ce Traité prévoit un système de contrôles frontaliers plus favorable au Port de Calais que celui prévu par le Protocole de Sangatte. En particulier, le niveau de l'aide accordée par les gouvernements en matière de surveillance policière et de contrôles frontaliers est beaucoup plus important que celui existant pour le terminal de Coquelles²¹².
254. Dans sa réponse à la première allégation, la France réfute la description que font les Demandeurs du problème des migrants clandestins dans le Calais. Elle soutient que la pression migratoire était beaucoup plus intense au Port de Calais qu'à Coquelles²¹³. En tout état de cause, selon elle, « Sangatte était le seul bâtiment autour de Calais susceptible d'être aménagé [...] de manière [...] suffisante pour permettre un accueil presque décent des migrants atteignant le Calais »²¹⁴. Le hangar Boré, plus proche du Port de Calais, ne fut pas utilisé car il « ne se prêtait pas [...] à un aménagement à peu près correct permettant de recevoir une population de plus en plus nombreuse et démunie »²¹⁵.

²¹⁰ Réplique des Demandeurs, para. 686.

²¹¹ Traité franco-britannique concernant la mise en œuvre de contrôles frontaliers aux ports maritimes des deux pays sur la Manche et la Mer du Nord. Le Touquet, 4 février 2003 (en vigueur le 1^{er} février 2004), *Journal officiel de la République française*, 13 février 2004, p. 2949 ; United Kingdom Treaty Series n°18 (2004).

²¹² Requête, para. 37. Mémoire des Demandeurs, para. 173.

²¹³ Duplique de la France, paras. 3.3.3-3.3.10.

²¹⁴ Transcription, Jour 6, pp. 23-24.

²¹⁵ Transcription, Jour 6, p. 24.

255. Quant à la deuxième allégation, la France y répond en affirmant qu'il est tout à fait normal de déployer au moins les mêmes effectifs de police au Port de Calais que ceux présents sur le site de Coquelles, car le premier était la cible de beaucoup plus de tentatives d'incursion que le dernier²¹⁶.
256. En ce qui concerne la troisième allégation, le Royaume-Uni affirme que les Demandeurs « ne peuvent se tromper davantage quant aux faits »²¹⁷. Deux scanners furent offerts aux concessionnaires qui furent finalement acceptés par ces derniers après avoir été modifiés (leur coût total fut pris en charge par l'UKIS). Le coût total des équipements fournis aux Demandeurs était comparable à celui de ceux fournis au Port de Calais. Le Royaume-Uni proposa également aux Demandeurs des appareils de détection de rythme cardiaque, comme ceux fournis au Port de Calais, mais ils les refusèrent : « si Eurotunnel avait accepté ces appareils, le coût total du matériel ainsi fourni aurait été supérieur à celui du matériel fourni au Port de Calais »²¹⁸.
257. Les deux gouvernements rejettent les arguments des Demandeurs en ce qui concerne le Traité relatif aux contrôles frontaliers. La France soutient que les Demandeurs « ne peuvent aujourd'hui se prévaloir d'une prétendue discrimination au vu du régime juridique prétendument favorable accordé au Port de Calais *en 2003*, soit après les faits dont ils se plaignent, dans des circonstances différentes »²¹⁹. Le Royaume-Uni affirme qu'en tout état de cause, il n'y a pas eu de traitement plus favorable en vertu du Traité relatif aux contrôles frontaliers « les frais des contrôles juxtaposés du Royaume-Uni aux ports sont imputés aux opérateurs portuaires [et] la police britannique à Calais ne patrouille pas le port pour se charger des intrus et n'a aucune responsabilité pour la sécurité portuaire »²²⁰.

²¹⁶ Transcription, Jour 6, p. 20.

²¹⁷ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.69.

²¹⁸ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.69 (souligné dans l'original) (traduction du greffe).

²¹⁹ Contre-Mémoire de la France, para. 2.3.149 (souligné dans l'original).

²²⁰ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.70.

(c) Violations du droit français ou du droit anglais

258. Sous cette rubrique, les Demandeurs soutiennent que du fait que la liaison fixe était soumise à un régime de protection spéciale de droit français en matière de défense nationale, le gouvernement français avait une obligation spécifique de protection de l'infrastructure de la liaison fixe « contre les actes d'agression et les menaces externes contre son fonctionnement »²²¹. Le manquement de la France à fournir les forces de police nécessaires afin d'assurer la protection de la liaison fixe constituerait une violation de cette obligation de droit français et les concessionnaires seraient en droit de recevoir réparation à ce titre.

259. Selon les Demandeurs, le Contrat de concession doit être considéré en droit français comme un marché de travaux publics et un contrat de concession de service public. En conséquence, le gouvernement français a une :

obligation particulière de loyauté et de protection [vis-à-vis des concessionnaires qui] est conçue, en plus et au-delà de l'obligation distincte de bonne foi imposée par le droit français au titre de l'exécution des contrats de droit administratif, pour garantir que le service public sera assuré dans des conditions satisfaisantes et que le principe constitutionnel français de continuité du service public sera respecté²²².

Selon les Demandeurs, le manquement du gouvernement français à assurer une surveillance policière et une sûreté adéquates sur le site de Coquelles constitue une violation distincte de cette obligation de loyauté et de protection²²³. A cet égard, les Demandeurs invoquent notamment la deuxième phrase de l'article 40.4, autorisant le Tribunal à appliquer les règles de droit anglais et de droit français « lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit anglais ou de droit français ».

260. La France fait valoir que les questions impliquant le droit français ne relèvent pas de la compétence du Tribunal à moins d'être spécifiquement mentionnées dans le Contrat de concession, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre, elle nie l'existence de tout principe général de protection des concessionnaires en vertu du droit français²²⁴.

²²¹ Mémoire des Demandeurs, para. 386.

²²² Mémoire des Demandeurs, para. 391.

²²³ Mémoire des Demandeurs, para. 398.

²²⁴ Contre-Mémoire de la France, paras. 1.2.82-1.2.90 ; Duplique de la France, paras. 2.1.53-2.1.59.

261. Sous cette rubrique, les Demandeurs prétendent également que le Royaume-Uni a violé ses obligations en matière de surveillance policière de la liaison fixe (y compris au sein de la zone de contrôle britannique au terminal de Coquelles) en vertu d'un certain nombre de dispositions du droit anglais :

- l'article 14(1) du *Channel Tunnel Act* de 1987 (la « Loi de 1987 ») qui transcrit le Traité de Cantorbéry dans le droit anglais²²⁵ ; et
- les articles 3, 4 et 5 du *Channel Tunnel (International Arrangement) Order* 1993 (« l'Order de 1993 ») qui transcrit les dispositions pertinentes du Protocole de Sangatte dans le droit anglais.

Selon les Demandeurs, ces actes législatifs imposent une obligation particulière au Royaume-Uni d'assurer une surveillance policière de la liaison fixe et de conférer aux agents la capacité d'arrêter les migrants clandestins cherchant à pénétrer au Royaume-Uni²²⁶.

262. Le Royaume-Uni soutient que ces demandes sont irrecevables en vertu du droit anglais et qu'elles ne relèvent pas de la compétence du Tribunal dans la mesure où les Demandeurs ne prétendent pas que le Contrat de concession a été violé. En outre, le Royaume-Uni conteste l'interprétation de la Loi de 1987 selon laquelle le *Chief Constable* du Kent était tenu d'assurer la surveillance policière du système du tunnel dans son entier, y compris de la zone de contrôle à Coquelles. Le Royaume-Uni soutient que la Loi de 1987 ne devrait pas être interprétée comme conférant des pouvoirs à la police allant au-delà des pouvoirs limités énoncés au Traité, c'est-à-dire que cette loi n'a aucun effet extraterritorial allant au-delà de celui spécifiquement convenu avec la France. Il est avancé que cette conclusion est confirmée par l'Order de 1993.

²²⁵ L'article 14(1) de la Loi de 1987 dispose ce qui suit : « la surveillance policière du système du tunnel sera entreprise par des *constables* sous la direction et la supervision du *Chief Constable* des forces de police stationnées dans la région du Kent ».

²²⁶ Les Demandeurs renvoient également à des pouvoirs similaires en vertu de la *Police and Criminal Evidence Act* 1984, de l'*Immigration Act* de 1971 et de l'article 128 de la Loi de 1999, Contre-Mémoire des Demandeurs, paras. 416-432.

(d) Le régime des pénalités civiles britannique et les prescriptions en matière de reconduite

263. Le régime des pénalités civiles britanniques et les prescriptions en matière de reconduite imposés aux concessionnaires ont déjà été évoqués (voir ci-dessus, paragraphes 66 à 69 et 188).

(i) *Les pénalités civiles*

264. En ce qui concerne les pénalités civiles, les Demandeurs soutiennent que :

A la suite de l'extension du régime de pénalités civiles, les concessionnaires ont en effet dû payer le double pour pallier les manquements inadmissibles des gouvernements à assurer une surveillance policière, une sûreté et des contrôles frontaliers efficaces sur la liaison fixe. En premier lieu, ils payaient les coûts importants nécessaires pour améliorer la sûreté du fait des manquements des gouvernements. En second lieu, ils étaient dorénavant menacés de se voir infliger des pénalités civiles par le gouvernement britannique, du fait des immigrants clandestins qui réussissaient à échapper à la surveillance policière et aux contrôles frontaliers des gouvernements, sur le terminal de Coquelles, ainsi qu'aux mesures de sûreté prises par les concessionnaires²²⁷.

Les pénalités civiles étaient disproportionnées et non nécessaires dans la mesure où, avant l'imposition de celles-ci, le nombre de migrants clandestins était déjà en baisse du fait des mesures de sécurité que les Demandeurs avaient mises en œuvre.

265. Les Demandeurs observent que non seulement ils se sont opposés constamment au régime des pénalités civiles, mais que la France s'est également opposée à son extension à la liaison fixe du fait de son caractère extraterritorial qui était contraire aux dispositions du Traité et aux stipulations du Contrat de concession²²⁸.

266. Selon le Royaume-Uni, ces demandes ne relèvent pas de la compétence du Tribunal dans la mesure où, conformément à l'article 41.4 du Contrat de concession, les questions relatives à la mise en œuvre et à l'application de mesures nationales relèvent de la compétence des tribunaux anglais. En tout état de cause, l'imposition des pénalités civiles n'a violé aucune stipulation du Contrat de concession ; c'est plutôt l'imposition du régime des pénalités civiles aux Demandeurs qui a concentré leur attention sur les

²²⁷ Mémoire des Demandeurs, para. 132.

²²⁸ Mémoire des Demandeurs, para. 138.

questions de sûreté. Le régime des pénalités civiles a réussi à réduire le nombre de migrants clandestins parvenant à atteindre le Royaume-Uni et n'a contrevenu en aucune manière à une quelconque stipulation du Contrat de concession.

267. Indépendamment de ces arguments, le Royaume-Uni soutient que cet aspect de la demande devrait être écarté pour deux raisons. La première est que les Demandeurs reconnaissent que les pénalités qui leur ont été imposées (soit environ 560.000 livres sterling) n'ont jamais été payées et qu'elles ont toutes fait l'objet d'une remise : aucun préjudice n'a donc été subi à ce titre. En second lieu, le régime des pénalités civiles a fait l'objet de procédures de contrôle juridictionnel (*judicial review*) au Royaume-Uni, engagées par des tiers, ainsi que par les Demandeurs. Les procédures furent conclues par un accord amiable entre les Demandeurs et le gouvernement du Royaume-Uni et en conséquence, le 4 février 2002, le Royaume-Uni retira toutes les pénalités encore dues par les Demandeurs. Dans la mesure où ces procédures ont fait l'objet d'un règlement global et final entre les Parties, les Demandeurs sont dans l'impossibilité de faire revivre leur contestation de l'extension du régime des pénalités civiles en usant pour l'essentiel des mêmes arguments que ceux qui avaient fait l'objet de la transaction de 2002.
268. En réponse, les Demandeurs rejettent la notion selon laquelle ils font valoir une demande qui a déjà fait l'objet d'une transaction. La demande précédente dans le cadre de la procédure de *judicial review* « était moins large en ce qu'elle constituait une contestation de l'extension du régime de pénalités civiles »²²⁹. Les Demandeurs avancent également qu'ils n'avaient « pas connaissance » d'un règlement selon les conditions alléguées par le Royaume-Uni. Dans le cadre de la procédure anglaise, le Royaume-Uni avait accepté que si les Demandeurs retiraient leur demande de *judicial review*, le gouvernement du Royaume-Uni en paierait le coût²³⁰. Un tel accord n'interdirait pas des procédures ultérieures sur le fondement de violations du Contrat de concession.

²²⁹ Réplique des Demandeurs, para. 513.

²³⁰ Réplique des Demandeurs, para. 514. Par l'Ordonnance du 11 avril 2002, Contre-Mémoire du Royaume-Uni, Annexe 12, les parties à la procédure britannique sont convenues que certaines dispositions des Règlements de 2002 allaient au-delà de celles prévues par la Loi de 1999 « dans la mesure où elles permettent que des pénalités soient imposés aux Demandeurs [...] qui sont fixées et qui sont d'un montant substantiel ». Ceci faisait suite à la décision de la Cour d'appel à cet effet dans l'affaire *International transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* [2003] QB. 728.

(ii) *Frais de détention et de reconduite*

269. Les Demandeurs s'opposent à ce que la responsabilité des frais de détention et de reconduite leur soit imputée en soutenant que procéder de la sorte serait inapproprié étant donné l'existence de contrôles frontaliers juxtaposés. Si ces contrôles avaient été effectivement mis en place, ils auraient réduit, voire supprimé, la responsabilité des concessionnaires en ce qui concerne les frais de détention et de reconduite. En outre, selon les Demandeurs, « à la suite de l'extension aux concessionnaires du régime de paiement des frais de détention et de reconduite, ceux-ci ont dû payer doublement pour les manquements des gouvernements à assurer efficacement la surveillance policière, la sûreté et les contrôles frontaliers sur la liaison fixe »²³¹.
270. En particulier, les Demandeurs soutiennent que l'imposition des frais de détention et de reconduite par le Royaume-Uni est en violation des articles 2(2) et 18(b) du Traité et des articles 2.1, 27.1 et, en particulier, 27.7 du Contrat de concession²³². Ils avancent également que l'imposition de frais au titre de la reconduite à destination de « pays tiers éloignés » est en violation de l'article 18 du Protocole de Sangatte et du « Gentleman's Agreement » du 20 avril 1995 entre le Royaume-Uni et la France (l'« accord franco-britannique »)²³³.
271. Le Royaume-Uni rejette les allégations des Demandeurs. Selon lui, si les migrants clandestins « réussissent à éviter les contrôles juxtaposés, ils ne peuvent être interceptés qu'au Royaume-Uni et des questions de détention et de reconduite se posent alors. La suppression des frais de détention et de reconduite pour ces migrants est par conséquent fonction de la sûreté du site. Il s'ensuit que l'obligation de payer ces frais demeure tout à fait appropriée en ce qui concerne les immigrants clandestins »²³⁴.

²³¹ Mémoire des Demandeurs, para. 143.

²³² Mémoire des Demandeurs, para. 308.

²³³ Réplique des Demandeurs, paras. 524 et s., renvoyant à l'Accord sur la prise en charge de passagers dont l'admission avait été refusée lors l'arrivée dans le pays de destination, Paris, 20 avril 1995 (non publié). Le paragraphe 1 de cet accord stipule « en ce qui concerne les demandeurs d'asile, il sera annulé et remplacé par les dispositions pertinentes de la Convention de Dublin lors de l'entrée en vigueur de ladite Convention ». La Convention de Dublin est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1997 : Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, Dublin, 24 novembre 1993 : *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 2144, p. 506.

²³⁴ Contre-Mémoire du Royaume-Uni, para. 4.49.

272. En tout état de cause, le Royaume-Uni avait et conserve entièrement le pouvoir, en vertu de l'*Immigration Act* de 1971, tel que modifié par l'*Order* de 1993, de facturer aux concessionnaires les frais de détention et de reconduite des personnes amenées au Royaume-Uni par la liaison fixe à qui l'entrée sur le territoire avait été refusé ou qui étaient des immigrés clandestins. Les Demandeurs n'ont relevé aucune obligation dans le Contrat de concession empêchant le Royaume-Uni d'exercer ce pouvoir.
273. En ce qui concerne la prétention des Demandeurs selon laquelle l'imposition de frais au titre de la reconduite à destination de « pays tiers éloignés » est interdite par l'article 18 du Protocole de Sangatte et de l'Accord franco-britannique de 1995, le Royaume-Uni soutient que cette prétention résulte d'une mauvaise compréhension de ces dispositions et de leur combinaison avec la Convention de Dublin. Outre le fait qu'il n'est pas justiciable en vertu du Contrat de concession, l'article 18 du Protocole de Sangatte n'impose aucune obligation au Royaume-Uni de refouler les migrants clandestins vers la France plutôt que vers leur pays d'origine, et ne confère aucun droit aux tiers tels que les concessionnaires.

C. L'EVALUATION DU TRIBUNAL

274. Comme noté ci-dessus, les Demandeurs soutiennent que les pertes qu'ils ont encourues du fait des modalités des incursions sur le site de Coquelles sont en violation du Contrat de concession, des dispositions du Traité de Cantorbéry mises en œuvre par le Contrat de concession, ainsi que d'autres principes de droit international que le Tribunal est autorisé à appliquer en vertu de l'article 40.4 du Contrat de concession.
275. Le Tribunal a déjà jugé qu'il était compétent uniquement en ce qui concerne les demandes impliquant les droits et les obligations des Parties en vertu du Contrat de concession ou du Traité de Cantorbéry, tel que mis en œuvre par le Contrat de concession (voir ci-dessus, paragraphe 161). Quant aux demandes fondées sur d'autres traités ou d'autres règles de droit international, en particulier le droit coutumier international concernant la protection des investissements étrangers, le Tribunal doute que la liaison fixe puisse être considérée comme un investissement étranger dans l'un quelconque des deux pays. En outre, même si des normes de droit international général de protection des investissements étaient applicables, il serait très difficile d'affirmer

que du fait du problème des migrants clandestins, l'entreprise était victime d'un traitement équivalent à une expropriation ou même d'un traitement injuste et inéquitable allant au-delà des prescriptions et des protections prévues par le Traité de Cantorbéry et le Contrat de concession, lesquels constituent la *lex specialis* de l'investissement. Pour sa part, le Tribunal ne voit pas en quoi ces fondements de demande ajoutent quoi que ce soit aux griefs principaux des Demandeurs fondés sur le Contrat de concession dans le cadre de la demande relative à Sangatte. Mais quoi qu'il en soit, il résulte de ce qui a déjà été dit au sujet de l'interprétation des articles 40 et 41 du Contrat de concession, que ces demandes ne relèvent pas de la compétence du Tribunal et rien de plus n'a besoin d'être dit à cet égard.

276. Quatre fondements demeurent en ce qui concerne la demande relative à Sangatte qui sont à tout le moins susceptibles d'être argumentés au titre du Contrat de concession, et ceux-ci seront abordés comme suit :

- (1) le manquement à protéger le site de Coquelles des incursions (paras. 278-319) ;
- (2) la discrimination à l'égard de la liaison fixe (paras. 320-335) ;
- (3) les violations du droit français ou du droit anglais (paras. 336-340) ;
- (4) les prescriptions britanniques en matière de pénalités civiles et de reconduite (paras. 341-350).

277. Avant d'examiner ces questions, le Tribunal relève que les Demandeurs se sont fondés sur des déclarations contemporaines des faits présentées devant diverses instances comme établissant ou reconnaissant l'existence d'une responsabilité ; de même, les Défendeurs ont affirmé que certaines déclarations des concessionnaires signifiaient qu'ils avaient accepté la licéité de la conduite des concédants à diverses occasions. Le Tribunal ne tient aucune des déclarations sur lesquelles se fondent les Parties comme déterminantes pour trancher une quelconque question. La question pour le Tribunal est de savoir si les Demandeurs, ou l'un d'entre eux, ont violé le Contrat de concession. Des déclarations touchant à la responsabilité dans certaines situations se doivent d'être sans équivoque, et d'avoir trait sans équivoque aux questions soumises au Tribunal, pour pouvoir être prises en compte sérieusement en tant qu'admission de responsabilité. De telles déclarations ne figurent pas dans le dossier soumis au Tribunal²³⁵.

²³⁵ Voir en particulier les paragraphes 222, 308.

1. Le manquement à protéger le site de Coquelles des incursions

(a) Les normes juridiques

278. Pour apprécier cet aspect central de la demande relative à Sangatte, il est nécessaire d'analyser les stipulations du Contrat de concession, qui fixe l'équilibre des droits et des responsabilités entre les concessionnaires et les concédants. Les Parties se sont fondées sur de nombreuses stipulations, tant comme fondement de responsabilité que comme fondement d'exonération. Pour plus de commodité, les stipulations pertinentes sont reprises dans leur intégralité dans l'Annexe.

(i) *Responsabilités pour risque résultant de problèmes de sûreté à Coquelles*

279. Deux arguments ont été soulevés qui permettraient d'exclure toute responsabilité des concédants au titre du Contrat de concession et doivent dès l'abord être examinés.

280. La deuxième phrase de l'article 2.1 stipule que les concessionnaires devront construire et exploiter la liaison fixe « à leurs risques et périls et sans appel à des fonds gouvernementaux ou à des garanties gouvernementales de nature financière ou commerciale, quels que soient les aléas rencontrés durant la Concession ». Les Défendeurs mettent en avant la généralité des termes dans lesquels les concessionnaires avaient entrepris de construire et d'exploiter la liaison fixe et le fait qu'ils en assumaient la totalité du risque. Cela étant, les interruptions du fait d'actions de tiers, tels que les migrants clandestins, figuraient parmi les aléas auxquels les concessionnaires devaient faire face sans fonds gouvernementaux, ni garanties gouvernementales. Les Demandeurs répondent à cet argument en indiquant que bien qu'ils aient accepté les risques liés à l'état de l'économie, aux actes de tiers, etc., ils n'assumaient pas le risque du manquement des gouvernements à respecter leurs propres engagements en vertu du Contrat de concession. Interpréter ainsi l'article 2.1 reviendrait à priver ces engagements de toute substance.

281. Le Tribunal est d'accord avec cet argument. L'article 2.1 se poursuit d'ailleurs en précisant l'engagement principal des concédants dans des termes qui seront analysés ci-dessous. Il n'est pas possible d'interpréter comme un « aléa » le manquement des

concedants à respecter les obligations mêmes assumées dans le cadre du Contrat de concession, et notamment dans l'article 2.1 lui-même. C'est en effet sur le fondement de ces engagements que les concessionnaires ont entrepris de construire et d'exploiter la liaison fixe et non en dépit de ceux-ci²³⁶.

282. Le second argument relatif à l'exclusion de responsabilité renvoie à l'article 21.1 du Contrat de concession, qui stipule :

Les concessionnaires sont seuls responsables vis-à-vis des Concedants des dommages causés aux Utilisateurs de la Liaison Fixe, ou à des tiers, qui pourraient résulter de sa construction ou de son exploitation. Ils ne peuvent exercer d'action contre les Concedants à raison de ces dommages. Ils doivent garantir les Concedants contre toute condamnation susceptible d'être prononcée à leur encontre pour de tels dommages.

Selon le Tribunal, cette stipulation se rapporte aux responsabilités envers les tiers (y compris les utilisateurs) qui subissent un préjudice né de la construction ou de l'exploitation de la liaison fixe. Elle n'a aucun rapport avec les questions de responsabilité dans les rapports entre les concessionnaires et les concedants pour violation du Contrat de concession. De telles questions peuvent se présenter même dans l'hypothèse où des tiers ne sont pas impliqués et, s'ils le sont, même s'ils ne subissent pas de préjudice susceptible de réparation.

(ii) *Liberté des concessionnaires de mettre en œuvre leur politique commerciale*

283. Les stipulations du Contrat de concession sur lesquelles se fondent les Demandeurs peuvent être regroupées sous trois chapitres principaux. Le premier chapitre comprend plusieurs stipulations aux termes desquelles les concedants garantissent aux concessionnaires la liberté de fixer leur politique commerciale et s'engagent à ne pas intervenir dans l'exploitation de la liaison fixe.

²³⁶ Des considérations similaires s'appliquent à l'article 14.2 qui stipule : « [l]es Concessionnaires doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour permettre la continuité et la fluidité de la circulation dans de bonnes conditions de sécurité et de commodité ». Ceci est un engagement relatif au maintien et à la continuité de la circulation à travers la liaison fixe ; cet engagement n'exige pas des concessionnaires qu'ils aillent au-delà de leur rôle en tant que transporteurs (cf. article 15.1).

284. A cet égard, les Demandeurs soutiennent que les conséquences des sièges nocturnes du terminal de Coquelles furent telles que l'exercice de leurs activités a été gravement entravé, et ajoutent que les incursions étaient assimilables à une intervention dans l'exploitation de la liaison fixe. En particulier, les annulations, retards et fermetures répétés « ont eu pour conséquence directe d'entraver la liberté des concessionnaires de déterminer le type de service à offrir, surtout la nuit, période durant laquelle les services ont été gravement perturbés »²³⁷.

285. A l'appui de cet argument, les Demandeurs renvoient à l'article 12(1) du Traité²³⁸, tel que mis en œuvre par les stipulations suivantes du Contrat de concession :

- A la dernière phrase du premier paragraphe de l'article 2.1, les concédants « garantissent aux concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaires, la liberté de fixer leurs politiques commerciales ».
- A la première phrase du deuxième paragraphe de l'article 2.1, il est stipulé :

Sous réserve des dispositions de la présente Concession, des lois et règlements nationaux et communautaires ainsi que de leurs engagements internationaux, y compris le Traité, les Concédants n'interviennent pas dans la gestion ou dans l'exploitation de la Liaison Fixe.

- A l'article 12.1, il est prévu que :

Les concessionnaires peuvent fixer librement leurs tarifs, leur politique commerciale et la consistance des services offerts. En particulier, les lois et règlements relatifs au contrôle des prix et des tarifs par les pouvoirs publics ne s'appliquent pas à la Liaison Fixe.

- A l'article 25.1, il est prévu que :

Les Concédants s'engagent à ne pas interrompre la construction ou l'exploitation de la Liaison Fixe par les concessionnaires sauf pour des raisons de Défense nationale ou en cas de carence des concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession, ou conformément aux dispositions de l'article 6 du Traité. Toutefois, si la demande leur en est faite par les gouvernements ou l'un d'entre eux, les concessionnaires doivent interrompre la construction ou l'exploitation, totalement ou partiellement, de la Liaison Fixe. La durée et la nature d'une telle

²³⁷ Mémoire des Demandeurs, para. 288(a).

²³⁸ L'article 12 est intitulé « liberté de gestion des Concessionnaires ». L'article 12(1) du Traité de Cantorbéry dispose « les deux Gouvernements garantissent aux Concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaire, la liberté de fixer leur politique commerciale, leurs tarifs et la consistance des services offerts, pendant la durée de la Concession ».

interruption sont proportionnées à la gravité des motifs sur le fondement desquels elle est imposée.

286. Ce groupe d'articles comprend trois obligations : en premier lieu, permettre aux concessionnaires de fixer librement leur politique commerciale, en deuxième lieu, ne pas intervenir dans l'exploitation de la liaison fixe et, en troisième lieu, ne pas interrompre son exploitation.
287. En ce qui concerne la première de ces obligations, le Tribunal estime que le terme crucial est la « politique » qui doit être distinguée de la « pratique » ou de « l'exploitation ». Ces garanties de liberté de la politique commerciale visent des situations tout à fait différentes de celle liée au problème de Sangatte, ayant trait à des questions telles que la politique tarifaire, les rabais ou encore l'organisation générale des services.
288. En ce qui concerne la deuxième, il ne peut pas être affirmé que les concédants intervenaient eux-mêmes dans l'exploitation de la liaison fixe. Même en supposant que les incursions des demandeurs d'asile puissent être qualifiées d'« interventions », elles n'étaient certainement pas des interventions imputables aux Défendeurs. En fait, en partant de cette hypothèse, le grief réel des Demandeurs n'est pas que les Défendeurs sont « intervenus », il est qu'ils se sont abstenus d'empêcher les interventions en question, ce qui n'est pas le point couvert par la phrase pertinente de l'article 2.1. Toutefois, il serait tout à fait étrange de décrire les migrants clandestins comme impliqués dans une intervention sur l'exploitation de la liaison fixe. Ces derniers voulaient en effet que la liaison fixe fonctionne, en étant toutefois à bord des navettes. Cet élément de l'article 2.1 – tout comme les stipulations concernant la liberté de fixer la politique commerciale – vise à s'assurer que personne ne vienne dire aux Demandeurs comment ils doivent mener leurs affaires. Il n'a aucun rapport avec les mesures destinées à maintenir l'ordre et à empêcher le passage des clandestins et des intrus.
289. Des remarques assez similaires peuvent être faites au sujet du troisième argument selon lequel les Défendeurs ont interrompu l'exploitation de la liaison fixe en contradiction avec l'article 25.1 du Contrat de concession. Selon le Tribunal, l'article 25.1 vise,

comme le suggère d'ailleurs son titre (« Interruption de la construction ou de l'exploitation par ordre des Concedants »), les actions spécifiques de l'un quelconque des gouvernements, ou des deux, interrompant l'exploitation de la liaison fixe. Il n'est pas destiné à s'appliquer à des incidents provoquant l'annulation ou le retard de missions individuelles.

(iii) Organisation des contrôles frontaliers

290. Plusieurs dispositions relatives à l'organisation des contrôles frontaliers sont plus pertinentes. De nombreux arguments des Demandeurs concernent en l'espèce le Protocole de Sangatte, dont le Tribunal a déjà jugé qu'il ne pouvait constituer en droit une base de demande en vertu du Contrat de concession. Un certain nombre de dispositions est toutefois également invoqué :

- L'article 15.2 dispose :

Les deux gouvernements organisent les contrôles frontaliers de manière à concilier autant que possible la fluidité et la célérité du trafic avec l'efficacité de ces contrôles. Conformément aux directives communautaires, les gouvernements facilitent les contrôles et formalités administratives aux frontières dans le cadre d'une coopération bilatérale. A cette fin, les contrôles qui doivent être effectués dans l'emprise de la Concession sont juxtaposés à l'entrée du tunnel. Cette disposition ne fait pas obstacle à l'exécution éventuelle des contrôles à bord des trains.

- Les articles AI.43 et AI.44 de l'annexe I disposent en outre :

AI.43 Les administrations chargées des contrôles frontaliers mettront en place les personnels et moyens nécessaires pour que la Liaison fonctionne de façon permanente.

AI.44 Les zones des Installations terminales situées en aval des contrôles frontaliers seront d'accès réglementé et sous contrôle des concessionnaires et/ou des autorités de police suivant les usages nationaux. Les autres zones pourront être sous surveillance, selon ce qui sera prescrit par la Commission intergouvernementale. Toute possibilité de contact et de mélange entre les trafics de départ et d'arrivée sera interdite selon des dispositions agréées par les autorités compétentes.

291. Le Tribunal ne considère pas les dispositions de l'annexe I du Contrat de concession comme ayant une incidence en l'espèce. Elles décrivent la manière dont doivent se passer les contrôles frontaliers, mais ne précisent pas les niveaux de personnel ou les

résultats attendus. En particulier, une disposition selon laquelle les concédants fourniront une « présence pour permettre une exploitation constante de la liaison fixe » signifie seulement que les contrôles frontaliers seront disponibles 24 heures sur 24. Elle ne vise pas le caractère approprié des mesures de police ou de sûreté.

292. Quant à l'article 15.2, les gouvernements soutiennent que sa formulation (« de manière à concilier autant que possible » et « facilitent ») indique qu'il s'agit d'une obligation de moyens et non d'une obligation de résultat. En conséquence, « si cet objectif n'est pas atteint, l'obligation ne sera pas considérée comme violée, dès lors que l'État aura utilisé les moyens appropriés »²³⁹.
293. En tout état de cause, selon le Tribunal, le problème à Coquelles n'était pas, ou en tout cas pas principalement, dû à l'échec du système de contrôles frontaliers juxtaposés. Il est établi que quasiment toutes les activités des migrants clandestins avaient lieu au-delà, et parfois bien au-delà, de la zone de contrôle. Le système de contrôles juxtaposés avait pour but d'accélérer le passage du trafic de passagers. Il signifiait que les passagers traversaient les contrôles de sortie comme d'entrée sur le territoire de départ, et ne traversaient aucun contrôle sur le territoire de destination. Un passager voyageant de France vers le Royaume-Uni devait en premier lieu passer les contrôles français de sortie et ensuite seulement les contrôles d'entrée britanniques, le tout à Coquelles. Un passager voyageant dans le sens opposé devait passer d'abord les contrôles de sortie du Royaume-Uni et ensuite seulement les contrôles d'entrée français, le tout à Cheriton. Ainsi la fonction des contrôles d'immigration était de traiter les passagers qui étaient déjà passés par les contrôles de sortie. Ce n'était pas leur rôle de maintenir l'ordre public dans les espaces situés à l'extérieur de leur zone de contrôle, ou de procéder à des contrôles de sortie sur des passagers qui avaient réussi à éviter ces contrôles.
294. Naturellement, il est exact que personne ne considérerait des contrôles frontaliers comme efficaces si un flux régulier de migrants clandestins les contournait facilement ; la notion de contrôle frontalier implique un système, non une simple rangée de guérites. Mais un pouvoir de conserver des contrôles en dépit des restrictions qu'ils occasionnent

²³⁹ Contre-Mémoire de la France, para. 2.2.59.

à la liberté de mouvement des passagers n'est pas la même chose qu'un devoir de protection de la sûreté du terminal et des trains.

(iv) *Mesures nécessaires à l'exploitation de la liaison fixe*

295. En définitive, les Demandeurs se fondent avant tout sur certaines obligations plus générales des concédants, agissant en se consultant et par le biais de la C.I.G., de maintenir les conditions fondamentales dans lesquelles la liaison fixe pouvait être construite et exploitée. Ils renvoient en particulier aux stipulations suivantes :

- L'article 2.1 prévoit, notamment, ce qui suit :

Les Concédants coordonnent autant que possible leur action afin d'adopter les dispositions législatives et réglementaires et de prendre toute mesure, y compris au niveau international, qui sont nécessaires à la conception, au financement, à la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe par les concessionnaires en conformité avec la Concession [...]

Ils prennent toutes les dispositions souhaitables pour réaliser, dans le respect des procédures en la matière, les infrastructures nécessaires à un écoulement satisfaisant du trafic²⁴⁰.

- Dans le texte anglais, faisant également foi, ces éléments de l'article 2.1 sont énoncés comme suit :

The Principals shall, in a manner which they will endeavour to co-ordinate between them, adopt such legislative and regulatory measures, and take such steps, including approaches to international organisations, as are necessary for the development, financing, construction and operation of the Fixed Link in accordance with this Agreement [...]

They will use reasonable endeavours to carry out the infrastructure necessary for a satisfactory flow of traffic, subject to statutory procedures²⁴¹.

²⁴⁰ Cette stipulation fait écho à l'article 2(2) du Traité de Cantorbéry qui dispose : « Les Hautes Parties contractantes prennent les dispositions législatives et réglementaires, et entreprennent les actions, nécessaires à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe par les Concessionnaires en conformité avec la Concession ».

²⁴¹ L'article 2(2) du Traité de Cantorbéry dispose dans sa version anglaise : «*The High Contracting Parties shall adopt such legislative and regulatory measures, and take such steps, as are necessary for the construction and operation of the Fixed Link by the Concessionaires in accordance with the Concession.* »

- L'article 27.7 stipule :

Les Concédants s'assurent que, dans l'exercice de leurs fonctions, la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité prennent les mesures appropriées pour faciliter l'exécution de la Concession. Les Concédants, la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité prennent en considération les préoccupations commerciales légitimes des concessionnaires, notamment pour éviter des dépenses et des délais inutiles.

- Le texte anglais de l'article 27.7 stipule :

The Principals shall ensure that in the performance of their functions the Intergovernmental Commission and the Safety Authority shall take the necessary steps to facilitate the implementation of this Agreement. The Principals, the Intergovernmental Commission and the Safety Authority shall give due consideration to the reasonable commercial objectives of the Concessionaires, including the avoidance of unnecessary costs and delays.

296. Une première question est soulevée par les versions française et anglaise de l'article 2.1. Là où le texte anglais dit « *[t]he Principals shall, in a manner which they will endeavour to co-ordinate between them, adopt* », le texte français dit « les Concédants coordonnent autant que possible leur action afin d'adopter ». Il y a une différence entre les deux textes, car dans la version anglaise, les concédants ont une obligation de prendre les mesures nécessaires, qu'ils réussissent ou non à coordonner leur action entre eux, tandis que dans le texte français, il semble que la seule obligation consiste à se coordonner autant que possible afin d'adopter les mesures nécessaires.
297. Pour tenter de résoudre cette divergence, le Tribunal fera application de la règle énoncée à l'article 33(4) de la Convention de Vienne²⁴².
298. Selon le Tribunal, il serait incorrect d'interpréter l'expression pertinente de l'article 2.1 du Contrat de concession comme imposant une obligation de coordination qui serait distincte d'une obligation individuelle et, le cas échéant, collective, de prendre les mesures nécessaires et ce, pour trois raisons.

²⁴² Voir paragraphe 93 ci-dessus. La Cour internationale a reconnu le caractère coutumier de l'article 33(4) de la Convention de Vienne dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Recueil C.I.J. 2001, 466, 502 (para. 101).

299. La première est que, bien évidemment, l'article 2.1 du Contrat de concession donne effet à l'article 2(2) du Traité de Cantorbéry qui, tant dans sa version française que dans sa version anglaise, correspond au texte anglais de l'article 2.1 et non à sa version française, moins contraignante.
300. La seconde raison est que l'article 27.7 du Contrat de concession, dans sa version française comme dans sa version anglaise, reflète la version anglaise de l'article 2.1, et non la version, plus faible, du texte français. Il serait curieux que les concédants et la C.I.G. aient été tenus de faire, en vertu de l'article 27.7 en ce qui concerne la mise en œuvre du Contrat, davantage que les concédants eux-mêmes étaient tenus de faire en vertu de l'article 2.1. En d'autres termes, si l'obligation générale la plus importante des concédants en ce qui concerne la construction et l'exploitation de la liaison fixe était celle énoncée dans la version française de l'article 2.1, l'on aurait pu s'attendre à ce que l'article 27.7 ait été formulé d'une manière correspondante.
301. La troisième raison est que la version anglaise de l'article 2.1 concilie de manière plus satisfaisante le but et l'objet du Contrat de concession dans son ensemble, lesquels sont de fournir une base sûre pour la construction et l'exploitation d'un important projet d'infrastructure en vertu d'une concession qui devait durer plus d'un demi-siècle. En contrepartie du risque et des aléas assumés par les concessionnaires, il était, selon le Tribunal, raisonnable de s'attendre à ce que, comme le prévoit l'article 2(2) du Traité de Cantorbéry, entre eux, les concédants « entreprennent les actions nécessaires à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe par les concessionnaires en conformité avec la Concession » et non qu'ils se contentent simplement de convenir de s'y efforcer.
302. Il pourrait être soutenu que l'article 2.1 est qualifié par l'expression « en conformité avec la Concession » et qu'en vertu de la Concession, la responsabilité de la sûreté de la liaison fixe incombait aux concessionnaires. Telle n'est pas la lecture que le Tribunal fait de cette disposition. En vertu du Contrat de concession, tout comme en vertu du Traité, comme l'on pourrait s'y attendre, les prérogatives concernant la sûreté et la sécurité étaient conservées de manière prépondérante par les concédants et la C.I.G.. L'article 15.1 rend ce point clair. Si des mesures de sûreté dans le terminal de Coquelles et autour de celui-ci étaient nécessaires et requéraient l'exercice de pouvoirs relevant des autorités publiques – pouvoirs dont les concessionnaires sont dépourvus – il

incombait aux concédants de prendre eux-mêmes ces mesures et de s'assurer que la C.I.G. le faisait. Il y avait indubitablement une certaine marge d'appréciation quant à ce qui était nécessaire, mais si une mesure était réellement nécessaire, les articles 2.1 et 27.7 obligeaient les concédants et la C.I.G. à agir.

(b) Les normes juridiques appliquées

303. Reste donc à établir dans quelle mesure les Défendeurs ont respecté cette obligation. Ce faisant, il est nécessaire de distinguer plusieurs phases du problème des migrants clandestins et de son incidence sur la liaison fixe.

(i) *La situation générale dans le Pas-de-Calais*

304. La position fondamentale de la France est que les annulations et les retards dont font état les Demandeurs ne sont pas la conséquence d'actions imputables à la République française. Ainsi, les activités des migrants clandestins dans le Calais « résultent non d'un manquement de la République française à ses obligations en vertu du contrat de concession, mais trouvent leur source dans un phénomène dépassant de loin le seul contexte de la concession »²⁴³. Selon la France, ce problème de migrants clandestins à Calais est la conséquence de trois phénomènes : la situation internationale instable de la fin des années 1990 (guerres civiles, etc.), la législation du Royaume-Uni favorable aux migrants clandestins, et enfin les dysfonctionnements de l'espace Schengen²⁴⁴.

305. Les États peuvent toutefois être responsables de situations de troubles même si la source de ceux-ci se trouve ailleurs. Ni la France, ni le Royaume-Uni n'étaient responsables de la conduite des personnes qui pénétraient par effraction sur le site de Coquelles ou commettaient des dégradations de bien en entrant de force sur ce site. Mais il s'agit de savoir ce qu'ils auraient dû faire en leur qualité de parties au Contrat de concession, membres de la C.I.G. et de gouvernements dotés d'un certain nombre de pouvoirs de police et de pouvoirs d'ordre public dans la zone concernée. Il ne fait aucun doute que tous les opérateurs transmanche dans la région de Calais devaient prendre des précautions contre l'immigration clandestine et les intrus, et que les frais liés à celles-ci faisaient partie de leurs activités courantes. Dans le cas des concessionnaires, des

²⁴³ Contre-Mémoire de la France, para. 2.1.45.

²⁴⁴ Duplique de la France, paras. 3.1.4 et s.

risques normaux existaient qui devaient être assumés conformément au principe fondamental énoncé à l'article 2.1 du Contrat de concession. Cela ne signifiait toutefois pas qu'en vertu du Contrat de concession, les concédants pouvaient faire fi d'incursions massives de l'ampleur de celles de 2001 qui mettaient en péril l'exploitation de la liaison fixe.

(ii) *L'ouverture du centre de Sangatte*

306. Le premier grief des Demandeurs concerne l'ouverture même du centre de Sangatte, situé de telle manière qu'il représentait une menace pour la liaison fixe. Le Tribunal n'est pas de cet avis. Il convenait en effet de faire quelque chose pour tenter de résoudre le problème de l'afflux des migrants. D'un point de vue humanitaire, il n'était pas possible de laisser les personnes concernées dormir à la dure dans les rues de Calais, sans parler des problèmes sociaux soulevés par cette situation. En outre, au début, il n'était pas envisagé que la population de résidents augmenterait autant que ce fut le cas (quoique aucune promesse n'ait été faite à cet égard). Dans les circonstances de l'époque, l'ouverture du centre de Sangatte relevait bien de la marge d'appréciation des autorités françaises.
307. En fait, pendant presque une année, le nombre des incursions à Coquelles demeura faible et dans des proportions gérables (voir **tableau 2** – au paragraphe 65). Ce fut à la fin de l'année 2000 que le nombre d'incursions commença à augmenter, conduisant la société Eurotunnel à présenter sa première requête écrite demandant la fermeture du centre de Sangatte, le 13 septembre 2000 ; et ce ne fut qu'en janvier 2001 que le nombre d'incursions à Coquelles dépassa celui du Port de Calais. Rétrospectivement, l'emplacement du centre de Sangatte peut être perçu comme représentant une menace pour la liaison fixe, mais il ne fut pris conscience de la menace en question que beaucoup plus tard.
308. Pour les raisons évoquées ci-dessus, le Tribunal ne considère pas que l'ouverture du centre de Sangatte ou son exploitation avant le 13 septembre 2000 était assimilable à une violation du Contrat de concession. Il n'est pas strictement nécessaire de décider si – dans l'hypothèse où il y aurait eu violation – celle-ci aurait été justifiée du fait de l'accord ou du consentement des concessionnaires. Le Tribunal observera seulement

que, confrontés à une décision du gouvernement français de réquisitionner le local à Sangatte, les concessionnaires se sont comportés de la manière appropriée, en prenant acte de la décision et en remettant les lieux en bon état. Dans son contexte, leur comportement n'équivalait pas à une renonciation à leurs droits.

(iii) *La situation à Coquelles après le mois de septembre 2000*

309. Au cours de la période intervenant après septembre 2000, et en particulier de la première moitié de 2001, le nombre d'incursions à Coquelles a toutefois augmenté dans des proportions surprenantes, justifiant la description des Demandeurs de la situation au cours de l'été 2001 comme celle d'un « siège nocturne ». Selon le Tribunal, en janvier 2001 au plus tard, il aurait dû être suffisamment apparent pour les concédants et la C.I.G. que le centre de Sangatte était utilisé comme base d'activités criminelles. Conformément aux termes des articles 2.1 et 27.1, la C.I.G. aurait dû prendre les mesures nécessaires pour s'assurer du bon fonctionnement de la liaison fixe. Lors des moments critiques, la C.I.G. a toutefois cherché à reporter l'entière charge de la sûreté sur la société Eurotunnel. Ainsi, dans un courrier du Président de la C.I.G. à la société Eurotunnel en date du 25 septembre 2000, il était indiqué que :

Il appartient à la société de maintenir la sûreté du Tunnel sous la Manche. Ceci est clairement énoncé à l'article 14.2 du Contrat de concession, à la suite de l'article 13.3 du Traité de Cantorbéry [...] En vertu de l'article 15 du Protocole de Sangatte et de l'Annexe B du Document conjoint des gouvernements émis par les gouvernements français et britannique, qui énonçait les mesures de sûreté devant être entreprises afin de protéger la liaison fixe, il appartient à Eurotunnel de garantir la protection du périmètre du site du Tunnel sous la Manche et de s'assurer que l'accès aux zones protégées est restreint au personnel dûment autorisé.

De même, lors d'une réunion de la C.I.G. du 8 novembre 2000, le chef de la délégation britannique rappelle, ainsi qu'en atteste le procès-verbal de cette réunion, que « la charge incombe aux compagnies maritimes et à Eurotunnel en fin de compte »²⁴⁵.

310. La société Eurotunnel avait bien entendu des responsabilités en matière de sûreté et de sécurité de la liaison fixe, mais celles-ci n'étaient pas exclusives. L'article 13(3) du

²⁴⁵ Compte rendu de la réunion de la C.I.G. du 8 novembre 2000, liasse F, p. 3612, para. 15. Voir également la Lettre du *Home Office* à Eurotunnel du 1 mars 2001, liasse E, p. 3334, qui indique, relativement au problème des immigrants illégaux : « la base de toute discussion sur ce sujet doit être la reconnaissance que Eurotunnel est elle-même responsable de la sûreté dans le tunnel et ses terminaux » (traduction du greffe).

Traité dispose certes que « les concessionnaires doivent assurer la continuité et la fluidité du trafic dans la liaison fixe dans des conditions satisfaisantes de sécurité ». Il est en outre exact que, selon l'article 14.2 du Contrat de concession, « les concessionnaires doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour permettre la continuité et la fluidité du trafic ». Bien plus, conformément au paragraphe 1^{er} de l'article 15 du même Contrat, les concessionnaires doivent satisfaire à toutes les obligations édictées par les gouvernements ou par la Commission intergouvernementale dans le domaine de la sûreté et prendre en charge les coûts correspondants – comme prévu au paragraphe 3 du même article. Toutefois, ces obligations concernent seulement la liaison fixe telle que définie aux articles 1.1(ix) et 2.2 du Contrat. Elles n'imposent pas aux concessionnaires une obligation de garantir à eux seuls le périmètre extérieur du site de Coquelles contre les incursions, ce qui nécessiterait des pouvoirs de police que ne possèdent pas les concessionnaires²⁴⁶.

311. Dans d'autres contextes (trafic clandestin dans des trains de fret italiens), la C.I.G. a adopté une attitude différente. Le procès-verbal de la réunion du 24 mars 2000 énonçait correctement cette position :

si la Commission intergouvernementale n'est pas directement impliquée dans les problèmes de police et donc dans la mise en œuvre des contrôles d'immigration, les risques du point de vue de la sécurité qu'engendre la présence de clandestins sont, par contre, au cœur de ses responsabilités²⁴⁷.

if the Intergovernmental Commission is not directly involved in police questions and thus in the implementation of immigration controls, the risks from the point of view of security which the presence of clandestines create are, by contrast, at the heart of its responsibilities.

312. Selon le Tribunal, à certains moments pertinents, la C.I.G. a fait fi de ce principe en ce qui concernait les concessionnaires. Ce faisant, les concédants n'ont pas interprété et appliqué correctement le Contrat de concession qui, comme en a déjà jugé le Tribunal, impose des obligations clefs à la C.I.G. et aux concédants en matière de maintien de l'ordre. Les événements principalement nocturnes intervenus en 2001, lors desquels des migrants clandestins, cherchant de manière patente à échapper aux lois sur

²⁴⁶ Voir ci-dessus, paragraphe 302.

²⁴⁷ Compte rendu de la réunion de la C.I.G. du 24 mars 2000, liasse F, p. 3535, para. 4, renvoyant à « un trafic organisé en plein développement ».

l'immigration du Royaume-Uni, menaient des actions délictuelles provoquant des dommages au terminal d'Eurotunnel et pénétraient par effraction dans celui-ci, appelaient des actions plus résolues de la part des gouvernements que le traitement qu'ils ont reçu.

313. Le Tribunal est conforté dans la conclusion qui précède par le contraste avec les événements de 2002, lorsque les gouvernements ont effectivement coordonné leur action et pris des mesures efficaces contre les incursions en combinant surveillance policière et autres mesures, d'abord au terminal de la SNCF, puis à Coquelles. En particulier, le programme conjoint adopté par les deux gouvernements par l'intermédiaire de leurs ministres, Messieurs Sarkozy et Blunkett, entre juin et décembre 2002, a démontré qu'une coopération efficace était possible et que le problème des migrants clandestins pouvait être abordé efficacement.
314. Les Défendeurs soutiennent que les obligations en vertu du Contrat de concession de coopérer et de coordonner leurs politiques étaient des obligations de moyens et non des obligations de résultat. Toutefois, la classification générale des obligations, aussi utile soit-elle dans différents cadres, ne saurait être un substitut pour l'application de ces obligations à une situation concrète dans le cadre d'une affaire donnée. Aux termes du Contrat de concession, les concessionnaires n'étaient pas tenus de supporter le risque d'un manquement de coordination lorsque des menaces sérieuses pour la sûreté de la liaison fixe, et pour les contrôles d'immigration du Royaume-Uni, se présentaient parfois chaque nuit.
315. La France soutient que bien qu'il y ait eu des missions retardées et annulées et un certain niveau de gêne, celle-ci n'a pas atteint un niveau intolérable, au point de menacer le fonctionnement même de la liaison fixe. Elle relève qu'au milieu de l'année 2001, les concessionnaires conservaient une part importante du marché du fret, proche de 50 %. De même, le Royaume-Uni relève que d'autres facteurs étaient en jeu qui auraient pu entraver les performances commerciales des Demandeurs. La question n'était toutefois pas celle des performances commerciales (en ce qui concerne celles-ci, les concessionnaires ont certainement pris un risque), elle était une question d'ordre public et de sûreté d'une installation sensible dont l'exploitation était immédiatement perturbée par la présence d'intrus. Il est exact que les missions retardées ou annulées

n'étaient pas en soi une catastrophe et que la continuité du service fut maintenue de façon générale. Il est toutefois clair que les concessionnaires ont subi des pertes du fait des incursions des migrants clandestins à Coquelles après septembre 2000 et, selon le Tribunal, ceci est dû en grande partie au manquement combiné des Défendeurs à respecter leurs obligations au titre des articles 2.1 et 27.7 du Contrat de concession. Dans cette mesure, les Demandeurs sont en droit de recevoir des dommages et intérêts, dont l'étendue et le montant relèvent de la seconde phase de la présente procédure.

(iv) Le rôle et la responsabilité du Royaume-Uni

316. Le Royaume-Uni soutient que, même s'il y a eu des défaillances en matière de sûreté, la responsabilité en incombe exclusivement à la France et qu'il ne porte aucune responsabilité individuelle à cet égard. Dans une situation dans laquelle seuls les concessionnaires et non les gouvernements portaient une responsabilité conjointe et solidaire (voir les paragraphes 173 à 187 ci-dessus), seule la responsabilité de la France était engagée. Il souligne que tout ce qui aurait dû être réalisé et ne l'a pas été (comme la fermeture ou la sécurisation du centre de Sangatte la nuit et le maintien de l'ordre public et la prévention des incursions massives au sein du terminal de Coquelles) aurait dû être fait en France, ne requérait pas la coopération du Royaume-Uni et ne pourrait relever que de la responsabilité du seul gouvernement français. C'était la France, et uniquement celle-ci, qui était capable de maintenir l'ordre public et qui avait des pouvoirs généraux de police ; les pouvoirs britanniques dans la zone de contrôle étaient limités ; la plupart des infractions qui ont été commises l'ont été bien en dehors de la zone de contrôle et seule la France avait le pouvoir d'y mettre fin (de la même manière que le Royaume-Uni aurait pu le faire à Cheriton dans le Kent si le flux migratoire avait été dans l'autre sens).

317. Le Tribunal a déjà jugé que la question n'est pas celle d'une responsabilité conjointe et solidaire – question qui concerne la nature d'une responsabilité déjà établie à l'encontre des deux États. La question est d'abord de savoir si les conditions d'une responsabilité internationale sont réunies. Bien que les questions de surveillance policière en dehors de la zone de contrôle relevaient exclusivement de la France, la responsabilité globale de la sûreté de la liaison fixe était partagée et non divisée. Le Royaume-Uni n'était pas responsable de la sûreté de la liaison fixe jusqu'à la frontière fixée par l'article 3(1) du

Traité, la France étant, quant à elle, responsable du côté du continent. Les deux États partageaient la responsabilité et, en vertu de l'article 27.7, ils devaient s'assurer que la C.I.G. prenait les mesures nécessaires aux fins de faciliter la mise en œuvre du Contrat, y compris de son article 2.1, et ce faisant, qu'elle prenait « en considération les préoccupations commerciales légitimes des concessionnaires, notamment pour éviter des dépenses et des délais inutiles ». Ce que la C.I.G., en sa qualité d'organe commun, a manqué de faire, et que les concédants, au nom et pour le compte de qui la C.I.G. agissait, ont également manqué de faire.

318. Cette conclusion n'est pas, selon le Tribunal, inéquitable vis-à-vis du Royaume-Uni. Ce dernier était, après tout, le principal bénéficiaire de toutes les mesures prises au terminal de Coquelles, dans la mesure où ce qui était en jeu était l'intégrité des lois en matière d'immigration du Royaume-Uni. Comme l'ont démontré les événements de 2002, ce n'était que par des actions de coopération entre les deux gouvernements que le problème a été résolu. En outre, les archives de la C.I.G., bien qu'elles fassent parfois état de désaccords entre les concédants, ne font pas état d'une opposition permanente et consciencieuse du Royaume-Uni à une politique unilatérale de la France telle que le Royaume-Uni pourrait prétendre qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour mettre fin rapidement à une situation clairement non satisfaisante. Le Royaume-Uni, tout comme la France, s'est abrité derrière la déclaration selon laquelle « [i]l est de la responsabilité d'Eurotunnel d'assurer la sécurité du Tunnel »²⁴⁸ comme excuse pour son inaction. Le Royaume-Uni est responsable, avec la France, des préjudices causés ainsi aux Demandeurs²⁴⁹.

(c) Conclusion

319. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Tribunal conclut que dans le cadre du problème des migrants clandestins, tel qu'il se présentait dans le Calais à partir de septembre 2000, il appartenait aux concédants, agissant par le biais de la C.I.G. ou autrement, de maintenir des conditions d'ordre public et de sûreté normales dans le terminal de Coquelles et autour de celui-ci ; qu'ils ont manqué à prendre les mesures appropriées à cet égard et, en conséquence, ont violé les articles 2.1 et 27.7 du Contrat de concession,

²⁴⁸ Lettre de M. John Henes à M. Alain Bertrand du 25 septembre 2000, liasse E, p. 3279.

²⁴⁹ Sur la répartition de la responsabilité entre le Royaume-Uni et la France, voir ci-dessous, paragraphe 351.

et que les Demandeurs sont en droit de recouvrer les pertes nées directement de cette violation.

2. Le traitement favorable accordé au terminal de la SNCF et au Port de Calais au détriment de la liaison fixe

320. Le second fondement principal de la demande relative au centre de Sangatte concerne la discrimination à l'encontre de la liaison fixe.

321. Le Tribunal devra analyser plus en détail les stipulations du Contrat de concession relatives à l'égalité de traitement entre la liaison fixe et les autres opérateurs transmanche dans le contexte de la demande relative à SeaFrance. Il suffit d'observer ici qu'il n'existe aucune garantie générale d'égalité de traitement, mais plutôt un certain nombre de stipulations traitant de questions spécifiques telles que, par exemple, la vente de produits hors taxes. Il existe seulement deux références dans le Contrat de concession à un principe général de non-discrimination liant les concédants. La plus pertinente est l'article 15.3 qui stipule :

15.3 Les coûts engagés pour satisfaire aux obligations édictées par chaque gouvernement en application des articles 15.1 et 15.2 sont pris en charge par les concessionnaires ou par les administrations concernées conformément aux pratiques nationales respectives des deux États et en respectant le principe de non discrimination lorsque des comparaisons pertinentes peuvent être faites avec d'autres moyens de transport. En ce qui concerne les contrôles frontaliers français, ces installations sont mises gratuitement à la disposition des administrations auxquelles elles sont destinées²⁵⁰.

L'article 15 traite de la « sécurité, [de la] sûreté et [des] contrôles frontaliers ». L'article 15.1 permet aux concédants ou à la C.I.G. de demander l'application de prescriptions aux concessionnaires qui « satisfont à toutes obligations édictées par les Gouvernements ou par la Commission intergouvernementale en ce qui concerne les contrôles de sûreté, de douane, de police, d'immigration, les contrôles sanitaires, phytosanitaires, routiers et vétérinaires ainsi que les services d'incendie, de secours et autres services d'urgence, dans la mesure où ils sont directement liés à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe ». L'article 15.2 a déjà été discuté (voir paragraphes 292 à 294 ci-dessus) ; il

²⁵⁰ La seconde référence à un principe de non discrimination se trouve à l'article 27.4. Il traite des réglementations devant être établies par la C.I.G. et n'est pas pertinent dans le présent contexte.

concerne l'organisation des contrôles frontaliers. Aucune stipulation ne porte sur les questions opérationnelles relatives au déploiement et à l'utilisation des forces de police et de sûreté, et les concessionnaires n'étaient pas davantage tenus de supporter le coût des ces forces, indépendamment du coût des contrôles frontaliers.

322. Les Demandeurs se fondent également sur l'article 27.5 qui stipule :

27.5 Les concessionnaires doivent suivre les instructions données par la Commission intergouvernementale et le Comité de Sécurité dans l'exercice de leurs fonctions prévues à l'article 27.1 et 27.2 ci-dessus. Les Concédants, la Commission intergouvernementale et le Comité de Sécurité ne prennent ni n'exécutent de décisions contraires à la présente Concession.

323. Selon le Tribunal, l'article 27.5 n'inclut pas par référence « le principe de non discrimination si des comparaisons pertinentes peuvent être faites avec d'autres modes de transport » pour régir le comportement des concédants, de la C.I.G. et du Comité de sécurité. Ceux-ci doivent bien entendu respecter ce principe lorsqu'ils imposent des charges au titre des contrôles frontaliers et pour l'application d'autres prescriptions légales en vertu des articles 15.1 et 15.2, mais il en est ainsi parce que l'article 15.3 le prévoit : l'article 27.5, quant à lui, n'ajoute rien.

324. Ainsi, il n'existe aucune obligation générale pesant sur les concédants en vertu du Contrat de concession de se conformer au principe de non-discrimination entre les différents opérateurs transmanche en ce qui concerne les exigences opérationnelles telles que la sûreté et la sécurité. En principe, il appartient aux autorités concernées de décider des mesures à prendre afin de maintenir l'ordre et de prévenir les incursions. Ceci ne signifie pas que le Contrat de concession n'impose aucune exigence à cet égard, question que le Tribunal a déjà envisagée. Ceci ne signifie pas non plus qu'une différence claire et attestée dans la fourniture de mesures de sûreté pour, disons, le terminal de la SNCF, pourrait ne pas être pertinente pour montrer l'inadéquation des mesures prises afin de protéger le site de Coquelles de menaces comparables. La violation qui serait ainsi démontrée ne serait toutefois pas une violation du principe de non-discrimination. Il s'agirait d'un manquement à maintenir un niveau minimum d'ordre public pour permettre à la liaison fixe de fonctionner normalement. Si la C.I.G. ou les concessionnaires avaient réagi de manière adéquate aux incursions en masse du

milieu de l'année 2001, leur comportement ne pourrait pas être remis en cause rétrospectivement du fait qu'ils avaient fait davantage pour la SNCF au printemps 2002. Il ne fait aucun doute que l'efficacité comparée de la réaction à Fréthun en 2002 éclaire quelque peu les défaillances de 2001, mais ce point est accessoire et ne constitue pas un fondement de grief distinct.

325. Sur ce fondement, le Tribunal va maintenant aborder les allégations spécifiques des Demandeurs en matière de discrimination.

(a) Avoir favorisé la SNCF ?

326. Les griefs spécifiques des Demandeurs s'agissant du terminal de la SNCF et les réponses des Défendeurs ont été résumés ci-dessus (paragraphe 242 à 248).

327. En ce qui concerne le recours aux gendarmes mobiles pour protéger le terminal de la SNCF, pour les raisons énoncées au paragraphe 321, cette question n'a aucun lien avec l'article 15.3.

328. En ce qui concerne la différence entre les dispositions ayant trait au financement des véhicules ramenant des détenus au centre de Sangatte, cette question semble être née d'une pratique et non être la conséquence de prescriptions discriminatoires de paiement imposées aux concessionnaires en vertu de l'article 15.3. La question du recouvrement des pertes résultant des incursions des clandestins sera examinée lors de la phase de la présente procédure consacrée à l'évaluation du préjudice, mais la différence de traitement dont font état les Demandeurs ne constituait pas, en tant que telle, une violation du Contrat de concession.

329. En ce qui concerne l'installation d'équipements de sûreté de haute technologie sur le terminal de la SNCF, il en est de même : elle ne concerne pas les contrôles frontaliers ou les frais liés à ceux-ci au sens de l'article 15.3.

(b) Avoir favorisé le Port de Calais ?

330. Les griefs spécifiques en ce qui concerne le Port de Calais ont été résumés ci-dessus (paragraphe 249 à 257).

331. Comme le Tribunal en a jugé, l'établissement du centre de Sangatte en un lieu plus proche de Coquelles que du Port de Calais ne constitue pas une violation du Contrat de concession. Il n'avait aucun rapport, en tant que tel, avec l'organisation des contrôles frontaliers. Il en va de même pour ce qui concerne le déploiement du personnel de police et de sûreté au Port.
332. En ce qui concerne l'acquisition des scanners, les explications fournies par le Royaume-Uni (voir paragraphe 256 ci-dessus) ne démontrent aucune violation du Contrat de concession. Au vu des informations disponibles, le fait que la Chambre de commerce locale ait repris à son compte les frais de fonctionnement des scanners du Port de Calais est un fait qui n'est pas imputable aux Défendeurs.
333. Enfin, un traitement discriminatoire est allégué s'agissant des frais liés aux contrôles frontaliers en vertu du Protocole de Sangatte par rapport au Traité sur les contrôles frontaliers du 4 février 2003. Le Traité sur les contrôles frontaliers n'est entré en vigueur que le 1^{er} février 2004, bien après la fermeture du centre de Sangatte et plusieurs mois après la Requête. La Requête renvoie au Traité sur les contrôles frontaliers et à des annonces du *Home Office* relatives à sa mise en application, en suggérant que « en raison de ce traitement discriminatoire, les compagnies de transbordeurs n'ont pas aujourd'hui à supporter divers frais de contrôles frontaliers que les concessionnaires ont à prendre en charge [...] en l'absence de toute aide des Gouvernements »²⁵¹. Néanmoins, aucune précision supplémentaire n'est apportée, y compris dans la Réplique des Demandeurs, en ce qui concerne les frais en question que ce soit au moment de la Requête ou après l'entrée en vigueur du traité²⁵².
334. Dans la Requête, le grief des Demandeurs en matière de discrimination est centré sur le traitement comparé de la liaison fixe et de ses concurrents, en particulier en ce qui concerne la surveillance policière et la sûreté, au cours de la période écoulée avant la fermeture du centre de Sangatte. Il n'est pas centré sur la question distincte de la responsabilité des frais liés aux contrôles frontaliers juxtaposés après le 1^{er} février 2004, qui est une question sans aucun rapport avec le problème des migrants clandestins. Bien que des questions puissent se présenter en ce qui concerne les contrôles frontaliers

²⁵¹ Réplique des Demandeurs, para. 691.

²⁵² Réplique des Demandeurs, paras. 689-691.

conjointes dans les deux lieux, celles-ci ne relèvent pas, selon le Tribunal, du champ du différend tel que présenté dans la Requête.

335. Pour ces raisons, le Tribunal conclut qu'un traitement différent de la liaison fixe (par rapport au terminal de la SNCF et au Port de Calais), tel que celui-ci a pu exister au cours de la période pertinente, ne constituait pas une violation du Contrat de concession.

3. Violations du droit français ou anglais

336. Le Tribunal a déjà discuté de l'étendue de sa compétence en vertu des articles 40 et 41.1 du Contrat de concession, par rapport à celle des tribunaux étatiques et à celle d'autres instances disponibles selon les droits nationaux, telle que prévue à l'article 41.4 (voir ci-dessus les paragraphes 156 à 160). Il découle de cette discussion que le Tribunal n'est pas compétent pour appliquer le droit national ou communautaire aux concédants.

337. Les Demandeurs se fondent néanmoins sur la deuxième phrase de l'article 40.4 qui prévoit :

Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français ou de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais.

The rules of English law or the rules of the French law may, as appropriate, be applied when recourse to those rules is necessary for the implementation of particular obligations under English law or French law.

338. Plusieurs remarques doivent être faites au sujet de cette stipulation. En premier lieu, elle fait partie de la stipulation traitant du droit que le Tribunal peut appliquer et non de la source des droits et obligations des Parties au Contrat de concession. Lu dans son contexte et au regard de l'article 41.4, ce texte n'autorise pas le Tribunal à y voir « l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais ». En deuxième lieu, il s'agit là d'un mandat très limité. C'est seulement dans les cas où, conformément au Contrat de concession, les parties sont appelées à exécuter certaines obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais que le Tribunal a à appliquer ce droit. De telles situations peuvent se présenter, par exemple, dans le cadre de cessions (article 31) ou de l'acquisition de droits de propriété intellectuelle

(article 33.4). En revanche, comme l'énonce très clairement le texte français de la deuxième phrase de l'article 40.4, ce texte n'est pas concerné par une situation dans laquelle, afin de donner effet à des obligations des concédants en vertu du Traité ou du Contrat de concession, il est nécessaire ou souhaitable qu'ils exécutent des actes en vertu du droit français ou du droit anglais. Les obligations nées du Contrat de concession ne sont pas des obligations de droit anglais ou français. C'est le droit international, et non le droit de l'un des deux États, qui est le droit du Contrat. Par exemple, si une question se présentait au titre de l'article 15 dont l'objet serait de déterminer si une prescription donnée dans le domaine de l'immigration ou de la santé publique « liait [les concessionnaires] [...] en vertu du droit pertinent national », le Tribunal devrait appliquer le droit national pertinent, alors que si la question portait sur le fait de savoir si le principe de non-discrimination en vertu de l'article 15.3 avait été respecté, le droit international serait le seul droit applicable.

339. Il est clair qu'aucune des dispositions de droit français ou de droit anglais sur lesquelles les Demandeurs fondent cet aspect de leur demande n'est couverte par la deuxième phrase de l'article 40.4, ainsi interprétée. La demande relative à Sangatte présentée au Tribunal ne dépend pas de « l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais » ; elle dépend du Contrat de concession lui-même. Ceci est un aspect du parallélisme fondamental des droits et des instances prévu par les articles 40 et 41 du Contrat de concession, auquel le Tribunal a déjà fait référence (voir paragraphe 147).
340. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'interprétation que font les Demandeurs du droit français et du droit anglais est correcte.

4. Les pénalités civiles britanniques et les frais de détention et de reconduite

341. Le Tribunal va maintenant examiner les demandes relatives aux pénalités civiles et aux frais de détention et de reconduite imposés aux concessionnaires en vertu du droit du Royaume-Uni (voir paragraphes 263 à 273 ci-dessus).

(a) Les pénalités civiles

342. Il convient à titre liminaire de noter que la demande soumise au Tribunal ne concerne pas le désaccord qui est survenu entre les deux gouvernements au sujet de l'imposition des pénalités civiles. La question qui lui est soumise est celle de savoir si l'application du régime des pénalités civiles constituait une violation du Contrat de concession en ce qui concerne les Demandeurs.
343. A titre préliminaire, il convient d'examiner si cette demande des Demandeurs est irrecevable du fait des conditions dans lesquelles leur procédure de contrôle juridictionnel (*judicial review*) a pris fin en Angleterre (voir à ce propos les paragraphes 267 et 268 ci-dessus). Il est fort possible qu'un règlement exprès résolvant toutes les demandes pendantes, même s'il intervient dans le contexte d'une procédure de droit national, puisse s'appliquer à des demandes individuelles pendantes en vertu d'un accord de droit international, tel que le Contrat de concession. Le Tribunal n'interprète toutefois pas l'accord de règlement conclu entre les concessionnaires et le Royaume-Uni comme produisant cet effet. L'accord de règlement en effet ne concernait pas la question de savoir si toute forme de régime de pénalités civiles pouvait être appliquée aux concessionnaires, mais uniquement la validité en droit anglais du régime particulier qui leur avait été appliqué. Il n'avait pas trait à la conformité du régime des pénalités civiles avec le Contrat de concession et n'impliquait aucune demande de dommages et intérêts au titre d'une violation de ce Contrat.
344. En fait, la difficulté à laquelle sont confrontés les Demandeurs sur cet aspect de leur demande est le fait qu'aucune pénalité n'a jamais été réglée. Le Contrat de concession énonce clairement que l'exploitation de la liaison fixe doit se dérouler pleinement en conformité avec le droit applicable anglais et français : voir les articles 15.1, 19.2, 26.5, 41.2, 41.3 et 41.4. L'application des pénalités civiles aux concessionnaires dans un cas particulier n'aurait pas constitué, en tant que telle, une violation du Contrat de concession. Ce qui aurait pu entraîner la mise en œuvre des obligations du Royaume-Uni en vertu du Contrat de concession aurait été un manquement significatif en matière de surveillance policière et de sûreté au titre duquel les Demandeurs se seraient trouvés, pour ainsi dire, dans une situation où il leur était demandé de payer deux fois en vertu de l'imposition des pénalités civiles. C'est l'effet combiné d'une telle situation qui

aurait posé problème, à savoir « payer doublement » selon les mots des Demandeurs²⁵³. Néanmoins, le fait qu'aucune pénalité civile n'a en fait jamais été payée est fatal pour cet argument ainsi que le fait que les frais encourus par les concessionnaires pour s'opposer aux pénalités civiles furent réglés par le Royaume-Uni. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de statuer sur le différend entre les Parties concernant la licéité des pénalités civiles au regard du Contrat de concession.

(b) Frais de détention et de reconduite

345. Les Demandeurs avancent un argument similaire en ce qui concerne les frais de détention et de reconduite. Mais avec une différence importante : il leur a en effet été demandé de régler les frais de détention et de reconduite des migrants clandestins (voir paragraphe 69 ci-dessus) vers leurs pays d'origine dans un certain nombre de cas.
346. Bien que les Parties aient discuté de l'accord franco-britannique du 20 avril 1995 et de l'article 18 du Protocole de Sangatte et de leur relation avec la Convention de Dublin, ceux-ci ne sont pas pertinents en l'espèce. En vertu de l'article 41.1 du Contrat de concession, les droits des Demandeurs vis-à-vis des concédants ne sont pas déterminés par ces accords, quel qu'ait pu être – ou avoir été – leur effet. Néanmoins, il peut être avancé qu'en vertu de ces accords, le Royaume-Uni aurait été en droit de refouler les migrants clandestins vers la France par la liaison fixe (et ce, pour un coût minimal pour les concessionnaires) et qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner leur reconduite vers leurs lointains pays d'origine.
347. Comme déjà noté lors de l'examen de la question des pénalités civiles, les Demandeurs étaient soumis, en leur qualité de transporteurs, aux prescriptions du droit du Royaume-Uni en matière d'immigration. Ce dernier avait le pouvoir de leur facturer les frais de reconduite en ce qui concerne les migrants clandestins. Les Demandeurs ne contestent pas ce point en principe : leur grief est que leur imposer des frais de reconduite relatifs à des personnes dont la présence sur le territoire du Royaume-Uni était la conséquence d'une défaillance de cet État à maintenir la sûreté de la liaison fixe est inéquitable et s'apparente à une violation.

²⁵³ Mémoire des Demandeurs, para. 132.

348. Les Demandeurs renvoient dans ce contexte aux articles 2(2) et 18(b) du Traité et aux articles 2.1, 27.1 et 27.7 du Contrat de concession. Parmi ceux-ci, la seule stipulation susceptible de fournir un fondement autonome à la demande relative aux frais de détention et de reconduite est l'article 27.7 qui stipule, en ses passages pertinents, ce qui suit :

Les Concédants, la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité prennent en considération les préoccupations commerciales légitimes des concessionnaires, notamment pour éviter des dépenses et des délais inutiles. *[including the avoidance of unnecessary costs and delays]*

L'article 27.7 semble viser davantage les exigences opérationnelles raisonnables des concessionnaires que leur responsabilité en vertu du droit national en leur qualité de transporteurs, et il n'interdit certainement pas de leur appliquer le droit national régulièrement applicable.

349. En l'occurrence, la question est posée par les Demandeurs davantage en termes d'aggravation ou d'extension du préjudice qu'en tant que fondement distinct d'action. Ainsi, M. John Noulton décrivit-il l'imposition des frais de détention et de reconduite comme le fait de « remuer le fer dans la plaie »²⁵⁴ et dans leur Réplique, les Demandeurs font référence à l'imposition des frais de détention et de reconduite en affirmant que celle-ci « illustre une fois encore les manquements du Royaume-Uni à ses obligations »²⁵⁵ en vertu du Contrat de concession.

350. En l'espèce, il est approprié de traiter ces frais comme un chef de dommages possible plutôt qu'en tant que fondement distinct de responsabilité. L'exigence du paiement des frais de détention et de reconduite en vertu de la Loi sur l'immigration est imposée au cas par cas et est discrétionnaire. Indépendamment du problème des migrants clandestins à Calais dans les années 2001-2002, il aurait pu être demandé aux Demandeurs de payer ces frais dans certains cas. Il n'a pas été demandé au Tribunal d'examiner les cas individuels au titre desquels des frais de détention et de reconduite ont été imposés, et des précisions à cet égard n'ont d'ailleurs pas été fournies. Lors de la phase de *quantum*, le Tribunal examinera la question de savoir si une certaine

²⁵⁴ Première attestation de M. John Noulton, liasse C, onglet 4, para. 46 (traduction du greffe).

²⁵⁵ Réplique des Demandeurs, titre de la section 2.4.4 (traduction du greffe).

proportion des frais de détention et de reconduite devrait faire partie des dommages et intérêts dus au titre de la violation du Contrat de concession analysée ci-dessus. Il ne procédera pas à cet examen sur le fondement que ces frais n'ont pas été valablement imposés par le droit du Royaume-Uni, mais uniquement sur le fondement que, si les Défendeurs avaient respecté leurs obligations en vertu du Contrat de concession, une partie de ceux-ci au moins n'aurait pas été encourue.

5. Répartition de la responsabilité entre les Défendeurs

351. Lors de la seconde phase de la présente procédure, il sera nécessaire de procéder au calcul des pertes des Demandeurs en tenant compte des conclusions auxquelles il a été parvenu ci-dessus. Dans leurs soumissions, les trois Parties ont adopté des positions différentes quant à la question de savoir si et sur quelle base des dommages et intérêts devraient être répartis entre les Défendeurs, mais la question n'a jamais été entièrement débattue et il est prématuré pour le Tribunal d'exprimer un avis à cet égard. De nouvelles écritures seront nécessaires sur ce point dans le cadre de la seconde phase.

6. Conclusion quant à la demande relative à Sangatte

352. Pour les raisons ci-dessus exposées, le Tribunal conclut que :

- (a) Dans le cadre du problème des migrants clandestins tel qu'il se présentait dans le Calaisis de septembre 2000 à décembre 2002, il incombait aux concédants, agissant par l'intermédiaire de la C.I.G. et autrement, de maintenir des conditions normales de sûreté et d'ordre public dans le terminal de Coquelles et autour de celui-ci ;
- (b) Les concédants ont manqué à prendre les mesures appropriées à cet égard et ont, en conséquence, violé les articles 2.1 et 27.7 du Contrat de concession ;
- (c) Les Demandeurs sont en droit de recouvrer les pertes résultant directement de cette violation, qui seront évaluées, le cas échéant, lors d'une autre phase de la présente procédure, en tenant compte de leurs obligations en vertu de l'article 15.3 du Contrat de concession ;
- (d) Les autres demandes présentées par les Demandeurs à ce titre sont rejetées.

CHAPITRE VII – LE FOND DE LA DEMANDE RELATIVE À SEAFRANCE

353. Les Demandeurs reprochent en second lieu aux Défendeurs d’avoir encouragé de manière déloyale et indue la concurrence avec la liaison fixe en octroyant des subventions substantielles à la société SeaFrance. En l’absence de ce soutien apporté à la société SeaFrance, cette dernière se serait très vraisemblablement trouvée en situation de cessation de paiement. En réalité, elle est parvenue à rester en activité et même à accroître sa part de marché. Les Demandeurs soutiennent que les Défendeurs, ce faisant, ont violé l’article 34.3 du Contrat de concession, l’obligation implicite de loyauté et de protection vis-à-vis des concessionnaires, ainsi que les principes pertinents du droit international.

A. LES POSITIONS DES PARTIES

1. Les faits

354. S’agissant des faits, les Demandeurs renvoient à trois successions d’événements qui ont eu lieu en 1999 :

- (a) la recapitalisation de la société SeaFrance ;
- (b) l’utilisation du dispositif de G.I.E. fiscal aux fins de financer l’achat de deux nouveaux navires par la société SeaFrance ; et
- (c) d’autres mesures adoptées par la France en faveur de la société SeaFrance.

355. En ce qui concerne la recapitalisation, la société SeaFrance acheta à la SNCF, le 8 décembre 1999, les deux transbordeurs utilisés sur les trajets de traversée de la Manche (le *Manet* et le *Nord-Pas-de-Calais*) en contrepartie de l’émission, au profit de la SNCF, de 1.600.000 actions nouvelles de la société SeaFrance (d’une valeur de 24.390.000 d’euros). Les Demandeurs prétendent que le gouvernement français avait « autorisé » l’opération de recapitalisation de la société SeaFrance par la SNCF²⁵⁶.

356. Puis, en décembre 1999, la société SeaFrance fit l’acquisition, auprès de la société Stena Line, d’une participation de 48,78 % (d’une valeur de 22,6 millions d’euros) dans une société dénommée Société Propriétaire des Navires (« SPN »), qui possédait deux transbordeurs (le *Cézanne* et le *Renoir*). En juin 2000, une filiale contrôlée par la SNCF

²⁵⁶ Réplique des Demandeurs, para. 709.

céda à la société SeaFrance les 51,22 % restant des actions de la société SPN (d'une valeur de 23,78 millions d'euros). La société SPN devint en conséquence filiale à 100 % de la société SeaFrance, laquelle était déjà propriétaire de deux transbordeurs utilisés pour la traversée de la Manche.

357. En deuxième lieu, selon les Demandeurs, en mai 2000, le gouvernement français approuva l'utilisation d'un dispositif fiscal particulier, le « G.I.E. fiscal » aux fins de financer l'acquisition (d'une valeur approximative de 91 millions de livres sterling) par la société SeaFrance d'un autre transbordeur, le *Rodin* (le plus gros et le plus rapide des transbordeurs sur la Manche, capable de transporter 1.900 passagers, 700 voitures et 120 camions). La France décrit ce dispositif de G.I.E. fiscal comme un « mécanisme général et non discriminatoire dont l'utilisation est subordonnée au respect de conditions juridiques et accessible, dès lors, à toute personne remplissant ces conditions » et qui n'est pas « spécifique au secteur du transport transmanche »²⁵⁷.
358. Selon les Demandeurs, par ce même dispositif de G.I.E. fiscal, la SNCF aurait garanti en 2003 le paiement de l'achat par la société SeaFrance d'un autre gros transbordeur, le *Berlioz*, doté d'une capacité similaire à celle du *Rodin*, et qui devait être mis en service en 2005.
359. Dans ces deux cas, les Demandeurs affirment que le gouvernement français approuva l'utilisation de ce dispositif fiscal²⁵⁸.
360. En troisième lieu, les Demandeurs prétendent que le gouvernement français aurait fourni une autre sorte d'assistance financière à la société SeaFrance. En particulier, avancent-ils, la France aurait remboursé une partie des cotisations patronales de la société SeaFrance versées à la sécurité sociale, aux caisses de retraite et à la caisse d'accidents du travail pour les années 1998, 1999 et 2000.
361. Les Demandeurs prétendent qu'avec le soutien du gouvernement français et de la SNCF, le bilan de la société SeaFrance fut ramené à une situation saine et qu'elle fut ainsi en mesure de rester en activité pour le transport transmanche. Le gouvernement

²⁵⁷ Contre-Mémoire de la France, para. 1.1.41.

²⁵⁸ Réplique des Demandeurs, para. 709.

français est accusé d'avoir « massivement faussé la libre concurrence » sur le marché du transport transmanche dans la mesure où la société SeaFrance est devenue propriétaire de plusieurs transbordeurs (et en particulier du *Rodin*)²⁵⁹. Le soutien de la France à la société SeaFrance pour l'acquisition de deux transbordeurs « dernier cri » a accru sa capacité d'environ 50 % sur la traversée de la Manche « à une époque où le marché fonctionnait déjà en surcapacité et où les concurrents tels que les concessionnaires réduisaient leur capacité »²⁶⁰. Ainsi « le soutien apporté à SeaFrance lui a permis de proposer des tarifs passagers et fret plus bas que ce qui aurait été normalement le cas sur les lignes transmanche, ayant pour effet de détourner de nombreux passagers de la liaison fixe et obligeant les concessionnaires à réduire leurs prix »²⁶¹.

2. Attribution du comportement de la SNCF à la France

362. Les parties ont débattu de la question de savoir s'il était possible d'imputer à la France le comportement d'entités distinctes, telles que la SNCF. Selon les Demandeurs, le gouvernement français « a utilisé la SNCF en tant qu'intermédiaire pour la mise en œuvre de sa politique », par exemple pour sauver la société SeaFrance par le biais d'une recapitalisation et transformer sa compétitivité sur le marché transmanche en accroissant la capacité de sa flotte²⁶². La SNCF, entreprise publique française qui est un monopole et qui est dotée d'un statut spécial en droit français « a agi sous la direction et le contrôle du gouvernement français lorsqu'elle a apporté son soutien à SeaFrance en violation des obligations des gouvernements »²⁶³. Conformément à l'article 8 des articles de la CDI, la conduite de la SNCF « doit engager la responsabilité de l'État français au regard du droit international »²⁶⁴. Le fait que la SNCF a été créée comme établissement public industriel et commercial (« EPIC ») en vertu du droit français n'exclut pas d'attribuer son comportement à la France, dans la mesure où sa forme juridique implique un contrôle permanent de ses activités par l'État français : « le fait que 12 des 18 membres du Conseil d'administration soient nommés par le gouvernement suffit pour conclure que l'influence de l'État est prépondérante »²⁶⁵. La

²⁵⁹ Mémoire des Demandeurs, para. 235.

²⁶⁰ Mémoire des Demandeurs, para. 316.

²⁶¹ Requête d'arbitrage, para. 42.

²⁶² Mémoire des Demandeurs, para. 260.

²⁶³ Mémoire des Demandeurs, para. 261.

²⁶⁴ Mémoire des Demandeurs, para. 261.

²⁶⁵ Réplique des Demandeurs, para. 774.

conclusion des Demandeurs est « que le degré de contrôle dans la gestion de l'entreprise, la supervision prédominante de ses activités, la nomination de la majorité des administrateurs et le régime d'autorisation préalable pour tout investissement de la SNCF dans d'autres entreprises sont des preuves que la SNCF est une entité publique contrôlée par l'État »²⁶⁶. En outre, en soutenant le projet de recapitalisation, la France agissait dans l'intérêt public : la recapitalisation de la société SeaFrance fut « dictée par des motifs politiques et, tout particulièrement, elle est intervenue afin de préserver l'existence d'un opérateur national sur le marché transmanche »²⁶⁷.

363. La France, pour sa part, soutient qu'« aux fins du droit international, l'existence d'un lien statutaire entre une société et un État n'est pas suffisante pour attribuer au second les actions ou omissions du premier » et que « les comportements de sociétés qui ne comptent pas parmi les organes de l'État ne lui sont pas en principe pas attribuables »²⁶⁸. Il appartient donc aux Demandeurs de prouver l'existence d'une direction ou d'un contrôle effectif de l'entité dans les circonstances particulières à chaque cas²⁶⁹. Il n'est pas suffisant de se fonder sur le statut juridique de la SNCF à cette fin, car la SNCF est une personne juridique distincte de l'État. Son conseil d'administration est composé de 18 membres : 6 sont élus par les salariés de la société, 7 sont des représentants de l'État et 5 sont nommés par décret, mais choisis en fonction de leur compétence et de leur expérience : ces derniers « ne représentent donc pas l'État au sein du conseil d'administration de la SNCF »²⁷⁰. La France souligne également que « le pouvoir de nommer n'a jamais représenté à lui seul en droit français le pouvoir de diriger les actes des personnes choisies »²⁷¹.

364. En ce qui concerne le contrôle *de facto*, la France soutient qu'aucune preuve à cet égard n'a été apportée dans la présente affaire. Tout au plus la France disposait-elle d'un droit de veto sur les décisions de la SNCF. Ce droit n'était toutefois assorti d'aucun pouvoir de direction. Un tel pouvoir a encore moins été exercé en l'espèce et la SNCF demeurerait responsable de ses propres décisions. Tout au plus la France a-t-elle facilité la

²⁶⁶ Réplique des Demandeurs, para. 790.

²⁶⁷ Réplique des Demandeurs, para. 845.

²⁶⁸ Contre-Mémoire de la France, para. 3.2.39, citant le commentaire de l'article 8 des articles de la Commission du droit international, para. 6.

²⁶⁹ Duplique de la France, para. 4.2.10.

²⁷⁰ Contre-Mémoire de la France, para. 3.2.34.

²⁷¹ Duplique de la France, para. 4.2.22. Voir également Transcription, Jour 5, pp. 113-114.

recapitalisation de la société SeaFrance, mais une telle « 'facilitation' reste très éloignée des instructions, directives ou du contrôle que l'État aurait dû exercer sur chacune des actions décidées par la SNCF pour que celles-ci lui soient attribuables conformément aux exigences posées par les règles de droit international applicables en matière de responsabilité des États »²⁷².

3. Fondements juridiques de la Demande relative à SeaFrance

365. En ce qui concerne le fondement de la demande, les Demandeurs s'appuient à la fois sur diverses stipulations du Contrat de concession et sur des principes de droit international relatifs à la non-discrimination, la protection des investissements, etc. Le Tribunal a déjà jugé que sa compétence était limitée aux demandes fondées sur le Contrat de concession et les dispositions du Traité, telles que mises en œuvre dans le Contrat de concession (voir paragraphes 150 et 151 ci-dessus). Il a également jugé qu'il n'existait pas de différend entre les Demandeurs et le Royaume-Uni concernant la demande relative à SeaFrance à la date du début de la présente procédure d'arbitrage (voir paragraphe 143 ci-dessus). En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant les arguments des parties sur ces questions.
366. En ce qui concerne les aspects qui demeurent de la demande relative à SeaFrance, les Demandeurs s'appuient sur une série d'obligations énoncées au Contrat de concession ou dans les dispositions du Traité, telles que mises en œuvre par le Contrat de concession, ou découlant de ceux-ci.
- (a) L'obligation de ne pas financer une quelconque « liaison » avec le soutien de fonds publics (Contrat de concession, article 34.3). Selon les Demandeurs, les aides apportées à la société SeaFrance ont violé l'obligation prévue à l'article 34.3 de ne financer aucune autre liaison avec le soutien de fonds publics. L'article 34.3 ne serait pas expressément limité au financement d'une seconde liaison fixe, mais s'étendrait à tout soutien par des fonds publics apporté à un service concurrent de traversée de la Manche. Le service transmanche de la société SeaFrance est indéniablement une « liaison » constituant un service directement substituable à

²⁷² Contre-Mémoire de la France, para. 3.2.50.

celui des Demandeurs²⁷³. Toute autre interprétation de l'article 34.3 permettrait aux gouvernements de soutenir financièrement une concurrence ruineuse avec la liaison fixe, réduisant ainsi à néant la valeur de cet énorme investissement. Face à cette alternative, une interprétation extensive, et non pas restrictive, de l'article 34.3 doit être retenue.

- (b) L'obligation fondamentale de protéger les concessionnaires (Contrat de concession, article 2.1). Les Demandeurs soutiennent qu'en apportant son soutien à la société SeaFrance, l'un des concurrents principaux des concessionnaires sur le marché transmanche, le gouvernement français a failli à son obligation de ne pas prendre de mesures susceptibles de porter préjudice aux Demandeurs. L'article 2.1 devrait être interprété, selon les Demandeurs, à la lumière des principes généraux régissant les contrats administratifs en droit français et de manière à assurer l'équilibre financier du Contrat de concession.
- (c) L'obligation d'assurer aux concessionnaires le droit de fixer librement leur politique commerciale, leurs tarifs et la consistance des services offerts (Traité, article 12(1) ; Contrat de concession, articles 2.1 et 12.1). Les Demandeurs soutiennent qu'en accroissant la capacité sur un marché qui souffrait déjà de surcapacité, le soutien du gouvernement français à la société SeaFrance les a contraint à baisser leurs tarifs et à réduire la fréquence des navettes. Les Demandeurs n'ont par conséquent pas été libres de fixer librement leur politique commerciale et leurs tarifs.
- (d) L'obligation de faciliter le développement du trafic fret ferroviaire entre leurs deux pays (Accord d'extension de la Concession, article 7). Les Demandeurs soutiennent que le soutien apporté à la société SeaFrance a permis à cette dernière d'accroître le volume de fret transporté avec pour conséquence inévitable qu'une partie significative du trafic ferroviaire de fret a été perdue au profit du transport par transbordeur entre la France et le Royaume-Uni.

367. Selon la France, « [l]es griefs des concessionnaires ne peuvent en effet être rattachés à aucune disposition du Contrat de concession »²⁷⁴. En particulier :

²⁷³ Voir également Transcription, Jour 2, pp. 142-144 (traduction de la version originale anglaise, Jour 2, pp. 142-143).

²⁷⁴ Contre-Mémoire de la France, para. 3.1.17.

- (a) Contrat de concession, article 34.3. Selon la France, le texte de l'article 34.3 démontre clairement que cet article concerne uniquement une deuxième liaison fixe, et non les services de transbordeurs transmanche²⁷⁵ : « la version française [du titre de l'article 34] parle d' 'ouvrage' ; or seule une liaison fixe ou une liaison routière peut être un 'ouvrage'. La version française parle également de l'extension de cet 'ouvrage' qui ne peut être comprise que d'une manière, à savoir celle consistant à prolonger la liaison fixe ; après tout, une liaison maritime ne peut prolonger une liaison fixe. »²⁷⁶
- (b) Contrat de concession, article 2.1. Selon la France, les opérations financières entre la société SeaFrance et la SNCF n'ont reçu aucun soutien de la France. La société SeaFrance et la SNCF ont eu recours à des dispositifs financiers classiques qui étaient également à la disposition des Demandeurs. Il n'y avait « rien d'inhabituel » dans la recapitalisation de la société SeaFrance par la SNCF (« agissant en tant qu'investisseur avisé ») aux fins de la rendre viable et de nouveau compétitive sur le marché du transport transmanche²⁷⁷. La France soutient également que le dispositif du G.I.E. fiscal a été utilisé de manière conforme aux usages commerciaux et financiers français et n'a en aucune manière privé les concessionnaires de leur droit à exploiter librement la liaison fixe dans des conditions commerciales normales. Les Demandeurs auraient tout à fait pu avoir recours au dispositif du G.I.E. fiscal pour financer leurs navettes s'ils l'avaient souhaité²⁷⁸. Ainsi, même si l'article 2.1 devait être interprété de la manière extensive préconisée par les Demandeurs (*quod non*), il n'aurait pas été violé en l'espèce. De manière plus générale, aucune stipulation du Contrat de concession ne prévoit que les gouvernements « devraient tenir les concessionnaires à l'abri de la concurrence »²⁷⁹. Quant au fait que les Demandeurs s'appuient sur les principes du droit administratif français, la France soutient qu'il « n'existe aucun principe général de droit français octroyant une garantie de non-concurrence au concessionnaire »²⁸⁰. La France demande également pourquoi la société Eurotunnel n'a pas saisi les juridictions internes françaises pour faire

²⁷⁵ Duplique de la France, paras. 4.3.8-4.3.12.

²⁷⁶ Transcription, Jour 5, p. 136.

²⁷⁷ Contre-Mémoire de la France, para. 3.3.67.

²⁷⁸ Contre-Mémoire de la France, para. 3.3.71.

²⁷⁹ Contre-Mémoire de la France, para. 3.3.79.

²⁸⁰ Transcription, Jour 5, pp. 144-145.

respecter ces droits si la France était effectivement dans une situation de violation de son droit interne²⁸¹.

- (c) Traité, article 12(1) ; Contrat de concession, articles 2.1, 12.1. La France souligne que la liberté des Demandeurs au titre des articles 2.1 et 12.1 du Contrat de concession de fixer librement leur politique commerciale « ne saurait s’interpréter comme une liberté absolue, créatrice d’un prétendu droit de la société Eurotunnel à ne pas affronter les contraintes économiques liées au secteur de commercial concurrentiel dans lequel il évolue »²⁸². En d’autres termes, les droits prévus aux articles 2.1 et 12.1 du Contrat de concession « ne confèrent pas à la société Eurotunnel une quelconque exclusivité sur le marché commercial du transport transmanche et ne la mettent pas à l’abri de la concurrence »²⁸³.
- (d) Accord d’extension de la Concession, article 7. La France nie toute violation de son engagement de faciliter le développement du trafic ferroviaire de fret entre leurs deux pays (article 7 de l’Accord d’extension de la Concession)²⁸⁴. En tout état de cause, cet Accord ne trouve pas application dans le présent arbitrage et ne crée de droits et d’obligations qu’entre les gouvernements²⁸⁵.

B. LA PORTEE ET LE SENS DE L’ARTICLE 34.3 DU CONTRAT DE CONCESSION

368. En abordant ces demandes, il est commode d’envisager tout d’abord si le soutien apporté à la société SeaFrance était susceptible de violer une quelconque stipulation expresse du Contrat de concession, en supposant à cette fin que l’ensemble du comportement en cause est attribuable à la France. La stipulation première sur laquelle se fondent les Demandeurs est l’article 34.3, seule stipulation du Contrat de concession protégeant les concessionnaires du soutien de concurrents à l’aide de fonds publics.

369. L’article 34 stipule ce qui suit :

34.1 Les concessionnaires reconnaissent que, le moment venu, la construction d’une liaison routière directe peut devenir techniquement et financièrement viable. Ils s’engagent en conséquence à présenter aux concédants d’ici à l’an 2000 un projet de liaison routière continue sans rupture de charge qui

²⁸¹ Transcription, Jour 5, p. 145.

²⁸² Contre-Mémoire de la France, para. 3.3.64.

²⁸³ Contre-Mémoire de la France, para. 3.3.64.

²⁸⁴ Duplique de la France, paras. 4.3.64 et s.

²⁸⁵ Duplique de la France, para. 4.3.65.

devra compléter le premier ouvrage quand les conditions techniques et économiques de réalisation d'une telle liaison le permettront et l'augmentation du trafic le justifiera sans remettre en cause la rentabilité attendue du premier ouvrage.

34.2 Les concédants s'engagent à ne pas faciliter la construction d'une autre liaison fixe dont l'exploitation commencerait avant 2020. Cependant, après 2010, et en l'absence d'accord avec les concessionnaires sur la mise en œuvre de leur proposition de construction d'une liaison routière directe et sur son calendrier, les gouvernements seront libres de lancer une consultation générale pour la construction et l'exploitation d'une telle liaison. Cette nouvelle liaison ne pourra entrer en exploitation qu'après 2020. Toutefois, avant cette date, en cas d'insuffisance manifeste de la qualité du service rendu, à apprécier selon des critères objectifs, les concessionnaires devront présenter aux concédants un projet d'extension de l'ouvrage de nature à remédier à ces insuffisances. Cette extension pourra aller jusqu'à la réalisation d'une nouvelle liaison sous réserve du respect des conditions stipulées à l'article 34.1.

34.3 Les gouvernements sont d'accord pour qu'aucune liaison ne soit financée avec le soutien de fonds publics, soit directement, soit par le biais de garanties financières et commerciales des États durant toute la durée de la Concession.

34.4 Les concessionnaires offrent dans la liaison fixe un service adapté à la demande, apprécié selon des critères objectifs. Ils apportent les améliorations nécessaires à la capacité ou à la qualité des services rendus à l'intérieur des structures de la liaison fixe sous réserve :

- du respect des lois et règlements en vigueur ;
- du droit des concédants de refuser toutes dépenses publiques consécutives, relatives par exemple aux infrastructures terrestres ;
- du respect des conditions stipulées au 34.1.

34.5 La durée d'une circonstance ou d'un événement au sens de l'article 24 affectant sérieusement l'exploitation d'un ou des concessionnaires pour une période d'au moins trois mois prolongera d'autant la date limite de 2020 stipulée au 34.2. ci-dessus.

370. L'article 34 dans son ensemble est clairement relatif à une seconde liaison routière, en particulier sans rupture de charge. Une telle liaison ne devait pas être mise en service avant 2020 au plus tôt, à moins que ce ne soit sur proposition des concessionnaires. En outre, aucune liaison quelle qu'elle soit ne devait être financée sur fonds publics ou garantis par ceux-ci : pas un penny ni un kopeck d'argent public ne devait être dépensé pour une seconde liaison, pas plus que cela n'avait été le cas pour la première liaison. Le contexte suggère donc que l'article 34.3 vise à maintenir la parité entre la liaison fixe

et toute liaison ultérieure éventuelle et qu'il ne traite pas de la question plus vaste de la concurrence déloyale entre la liaison fixe et les services transmanche existant.

371. Les Demandeurs soutiennent néanmoins que l'article 34.3 devrait être interprété de la manière la plus large possible, de manière à exclure le financement public ou des garanties publiques accordées à des services transmanche existant qui concurrencent le Tunnel. Pour étayer leur interprétation, les Demandeurs invoquent les termes mêmes de l'article 34.3, les attentes légitimes des concessionnaires fondées sur la Consultation. Ils exposent en outre qu'il est peu vraisemblable qu'ils auraient investi 10 milliards de livres sterling de capitaux privés dans une telle activité en l'absence de garanties adéquates contre la concurrence déloyale ou les aides d'État.
372. En termes de formulation, il est exact que l'article 34.3 stipule qu'« aucune liaison ne soit financée » (« *no link shall be financed* ») et qu'il évite les termes « liaison fixe », « seconde liaison » ou encore « nouvelle liaison ». Bien évidemment, l'exploitation de transbordeurs transmanche existante ne saurait être qualifiée de « fixe » ou de « nouvelle » ni, dans la mesure où elle précédait la liaison fixe de plusieurs décennies, de « seconde » liaison. L'évolution du vocabulaire entre les différents paragraphes de l'article 34 doit avoir, selon les Demandeurs, un certain poids.
373. Selon le Tribunal, il existe des motifs irréfutables pour rejeter une telle interprétation de l'article 34.3.
374. La première est d'ordre linguistique. En effet, le texte français de l'article 34, qui fait également foi, utilise le mot « ouvrage ». Ainsi, le titre en anglais de l'article 34 « *Exclusivity and Second Link* » est-il « Extension éventuelle de l'ouvrage » en français, et le mot « ouvrage » apparaît-il de nouveau aux articles 34.1 et 34.2. Bien qu'un service de transbordeurs transmanche puisse peut-être être décrit comme une « liaison », il ne s'agit certainement pas d'un « ouvrage », tout comme une subvention octroyée à un opérateur existant ne peut être qualifiée d'« extension ».
375. En deuxième lieu, il est nécessaire de lire l'article 34.3 dans son contexte qui (comme l'indique le titre de l'article 34 dans les deux langues) est celui de la protection des concessionnaires contre une seconde liaison fixe. Il n'existe aucune preuve que

l'article 34 ait eu pour but de traiter du problème complexe de la concurrence et de la régulation entre la liaison fixe et les opérateurs transmanche. Il visait plutôt à s'assurer que les concessionnaires n'aient pas à faire face à une seconde liaison de manière prématurée, ou à une quelconque liaison bénéficiant de subventions. La liaison fixe devait jouir de l'exclusivité jusqu'en 2020 au moins, mais l'exclusivité ne s'appliquait pas en ce qui concernait les services de transbordeurs. Toute subvention publique ayant été refusée aux concessionnaires, les gouvernements étaient convenus de ne pas permettre qu'une seconde liaison bénéficie de telles subventions. Cette stipulation devait perdurer pendant la durée de vie de la Concession mais, de la même manière, n'avait aucune pertinence dans le cadre des services transmanche. Ainsi, il apparaît que tels étaient bien les buts, et les seuls buts, de l'article 34.

376. En troisième lieu, il est douteux qu'il soit possible de décrire l'exploitation d'une société de transbordeurs telle que la société SeaFrance comme une « liaison ». Si c'est possible pour la société SeaFrance, pourquoi pas pour les vols cargo d'Air France entre Paris et Londres ? En tout état de cause, il n'existe pas d'exemple de description de services de transbordeurs transmanche comme « liaison » dans un quelconque traité, ou contrat, ou dans la Consultation. Ce n'est pas parce qu'ils n'y sont pas mentionnés, mais ils y sont décrits de manière tout à fait différente et dans des termes différents²⁸⁶.
377. En quatrième lieu, cela n'est pas parce que la position concurrentielle de la liaison fixe vis-à-vis des opérateurs de transport existant était ignorée dans les accords instituant la liaison fixe. Au contraire, celle-ci était spécifiquement mentionnée mais d'une manière indiquant qu'aucune garantie contractuelle n'était fournie. Ceci se dégage clairement de la lecture comparée des différentes références à cette question dans la Consultation, ainsi que de certaines références figurant au Traité de Cantorbéry et au Contrat de concession.
378. La Consultation renvoyait à la situation concurrentielle du transport transmanche et aux principes du droit de la concurrence. Les dispositions pertinentes prévoyaient ce qui suit :

²⁸⁶ Différentes dispositions renvoient à des modes de « transport concurrençant directement le trafic transmanche », à des « personnes voyageant d'un État à l'autre par mer ou par air » ou aux « différents moyens de traverser la Manche » ou encore à « d'autres modes de transport ».

- le paragraphe 16.74 reconnaissait « que les candidats pourraient se préoccuper de l'éventualité d'une seconde liaison fixe » et s'engageait à ce que cette question soit « discutée en détail avec les candidats choisis avant l'octroi de la concession initiale ».
- Le paragraphe 31.3 est significatif. Il prévoyait ce qui suit :

Les gouvernements n'interviendront ni dans la gestion ni dans l'exploitation de la liaison fixe. Ils pourraient toutefois souhaiter détenir certains intérêts dans la société concessionnaire. Ils veilleront à ce que la liaison fixe ne subisse aucune inégalité de traitement de nature à fausser la libre concurrence entre les différents modes de transports internationaux, y compris les modes maritimes et aériens.

- Il y avait de nombreuses références à des règles de droit de la concurrence, y compris des références spécifiques au droit communautaire : voir les paragraphes 01.2, 13.3, 16.9, 22.1, 22.2, 35.1.
- Le paragraphe 35.13, traitant des accords en matière fiscale, renvoyait au principe de « non-discrimination entre les usagers de modes de transport concurrents » sous réserve de dispositions spéciales visant les ventes hors taxes (voir à ce sujet les paragraphes. 34.4-34.5).

379. En revanche, le Traité de Cantorbéry ne comporte que deux dispositions renvoyant à une égalité de traitement avec les services concurrents de traversée de la Manche. L'article 9(2) impose aux deux États de respecter « le principe de non discrimination en matière de taxes afférentes aux charges pesant sur les utilisateurs des modes directement concurrents de traversée de la Manche ». L'article 9(4) les engage autant que possible à « faire bénéficier les voyageurs utilisant la liaison fixe au départ et à destination du territoire métropolitain des deux États, de ventes hors taxes dans des conditions comparables à celles offertes aux personnes voyageant d'un État à l'autre par mer ou par air »²⁸⁷.

380. De même, le Contrat de concession comporte seulement quelques références à la concurrence avec les autres opérateurs de traversée de la Manche. L'article 12.3, prévoyant le traitement en matière de taxe sur la valeur ajoutée (« T.V.A. »), renvoie au « principe d'égalité de traitement fiscal entre les usagers des modes de transport en

²⁸⁷ Ces dispositions correspondent aux paragraphes 34.4-34.5 de la Consultation, liasse B, onglet 1.

concurrence sur la Manche ». L'article 15.3, traitant du coût des contrôles aux frontières, renvoie quant à lui au « principe de non-discrimination lorsque des comparaisons pertinentes peuvent être faites avec d'autres moyens de transport ».

381. Deux points sont dès à présent évidents. En premier lieu, ainsi que nous l'avons déjà relevé, aucune disposition du Traité, ni aucune stipulation du Contrat de concession ne décrit les services de transbordeurs comme une « liaison ». En second lieu, aucune de ces dispositions ou stipulations n'est pertinente dans le cadre de l'aide financière à la société SeaFrance dont se plaignent les Demandeurs.
382. Face au silence du Traité et du Contrat de concession, les Demandeurs cherchent à « faire de nécessité vertu ». Ils soulignent la disposition expresse de la Consultation et notamment son paragraphe 31.3. Celui-ci créait, soutiennent-ils, une attente légitime que les candidats retenus ne souffriraient pas de mesures discriminatoires de soutien à leurs concurrents, alors que tout soutien financier ou garanties publiques étaient exclus à leur profit pour la durée de la Concession. Ceci serait une raison pour interpréter l'article 34.3 de manière extensive.
383. Il est exact, ainsi que nous l'avons noté ci-dessus, que le paragraphe 31.3 de la Consultation abordait la question de l'égalité de traitement entre les différents types de transport international. Cependant, selon le Tribunal, ceci rend encore moins vraisemblable que la question ait été abordée de manière incidente dans le cadre d'une stipulation du Contrat de concession traitant de la Seconde Liaison. Le paragraphe 16.74 de la Consultation renvoyait expressément à la Seconde Liaison et invitait à des discussions ultérieures. Il est naturel de considérer l'article 34 du Contrat de concession comme le résultat de ces discussions et comme traitant de cette seule question.
384. Il ne pouvait pas non plus y avoir d'attentes légitimes sur la base des indications fournies aux candidats dans la Consultation. En effet, les candidats devaient avoir connaissance du fait que leurs relations juridiques avec les gouvernements seraient déterminées non pas par la Consultation, mais bien par le Contrat de concession qui devait être négocié²⁸⁸, l'article 41.1 du Contrat de concession le prévoyant

²⁸⁸ Voir para. 05.9 de la Consultation, liasse B, onglet 1, reproduit au paragraphe 95 ci-dessus.

expressément. Le fait que des attentes aient pu naître des termes de la Consultation aurait constitué un motif pour insister pour que lesdits termes soient inclus dans le Contrat de concession, mais ne constitue pas un motif pour lire dans le Contrat des stipulations qui en sont clairement absentes.

385. En outre, l'absence d'engagements contractuels vis-à-vis des concessionnaires ne signifiait pas qu'ils étaient dépourvus de moyens de recours. En effet, les règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État étaient applicables et le Contrat de concession énonçait clairement les autres recours disponibles en vertu du droit national ou communautaire. Ainsi que l'indiquaient les engagements non symétriques des articles 41.2 et 41.3, les gouvernements ne se sont pas engagés contractuellement à se conformer au droit communautaire (voir paragraphe 148 ci-dessus). Ils ont toutefois prévu son application devant d'autres enceintes, comme le stipulait clairement l'article 41.4. Si le soutien apporté par le gouvernement français à la société SeaFrance constituait une aide d'État interdite, les concessionnaires avaient toujours la possibilité de saisir la Commission européenne puis la Cour de justice des Communautés européennes. Deux points doivent néanmoins être mentionnés en ce qui concerne ces recours communautaires. En premier lieu, même s'ils avaient obtenu gain de cause, les Demandeurs n'auraient pas reçu l'indemnisation qu'ils cherchent à obtenir à présent, à savoir des millions de livres sterling de dommages et intérêts. La conséquence première de la reconnaissance de la violation des règles en matière d'aide d'État (lorsque l'aide en question n'est pas autorisée, ni justifiée devant la Commission) consiste en effet dans le reversement de cette aide à l'État et non dans le paiement de dommages et intérêts aux concurrents. En second lieu, lorsqu'un tiers, en l'occurrence la société P & O, s'est plaint des subventions octroyées à la société SeaFrance devant la Commission européenne, les Demandeurs n'ont pas pris part à cette procédure, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (voir paragraphe 139).

386. Il est par conséquent inutile d'examiner si, du fait des mesures (ou de certaines d'entre elles) dont il est fait grief, la société SeaFrance a été financée « avec le soutien de fonds publics » au sens de l'article 34.3.

C. AUTRES FONDEMENTS DE LA DEMANDE

387. Le Tribunal va maintenant aborder les trois autres fondements de la demande relative à la société SeaFrance. Cet examen peut se faire plus brièvement : si les mesures de sauvegarde expresses contre le soutien de concurrents à l'aide de fonds publics prévues à l'article 34.3 ne s'étendaient pas aux opérateurs de transbordeurs, cela rend *a priori* peu vraisemblable qu'une formulation générale d'autres stipulations du Contrat de concession ait pu produire un effet équivalent.

1. Contrat de concession, article 2.1

388. L'article 2.1 du Contrat de concession a déjà été examiné avec quelque détail dans le contexte de la demande relative à Sangatte (voir paragraphes 295 à 302 ci-dessus). L'obligation de « prendre toute mesure [...] qui sont nécessaires [...] [à] l'exploitation de la liaison fixe [...] en conformité avec la Concession » est limitée à un certain nombre d'égards. En premier lieu, cette obligation est centrée sur la liaison fixe elle-même, et non sur l'exploitation des concurrents ayant recours à d'autres modes de transport. En second lieu, elle était destinée à permettre à la liaison fixe de fonctionner « conformément avec la Concession » ; il ne s'agit donc pas d'un substitut à des stipulations expresses traitant de questions spécifiques telles que les aides d'État ou l'égalité de traitement entre différents opérateurs, dont certaines sont énoncées par ailleurs au Contrat. En troisième lieu, la liberté d'exploiter la liaison fixe, que l'article 2.1 vise à assurer, n'est pas une liberté absolue : il s'agit en effet d'une liberté « dans le cadre des droits nationaux et communautaires » qui, comme l'énonce clairement l'article 41.4, doivent être appliqués par les instances existantes. En particulier, l'équilibre minutieux découlant de l'application du droit national et du droit communautaire à des questions telles que la politique en matière de concurrence peut difficilement être revu par référence à une obligation aussi générale que celle figurant à l'article 2.1. Il est possible d'imaginer un scénario dans lequel l'un des gouvernements, ou les deux, cibleraient en fait les activités de la société Eurotunnel par le biais de mesures spécifiques ayant pour effet de la priver d'une grande partie du marché disponible. Une telle situation hypothétique pourrait sans doute soulever des questions au titre de l'article 2.1. Mais les mesures en cause en l'espèce – qu'elles soient licites ou non en droit national ou communautaire – n'étaient pas de cette nature. Dans les

circonstances de l'affaire, le soutien octroyé à la société SeaFrance ne constituait pas une violation de l'article 2.1 du Contrat de concession.

2. Traité, article 12(1) ; Contrat de concession, articles 2.1 et 12.1

389. Des considérations similaires sont applicables à la demande fondée sur l'article 12(1) du Traité et les articles 2.1 et 12.1 du Contrat de concession.

390. L'article 12(1) dispose :

Les deux Gouvernements garantissent aux concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaire, la liberté de fixer leur politique commerciale, leurs tarifs et la consistance des services offerts, pendant la durée de la Concession.

Cet article est mis en œuvre aux articles 2.1 et 12.1 du Contrat de concession. En ses passages pertinents, l'article 2.1 stipule :

Les deux Gouvernements garantissent aux concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaires, la liberté de fixer leurs politiques commerciales.

L'article 12.1 stipule :

Les concessionnaires peuvent fixer librement leurs tarifs, leur politique commerciale et la consistance des services offerts. En particulier, les lois et règlements relatifs au contrôle des prix et des tarifs par les pouvoirs publics ne s'appliquent pas à la liaison fixe.

391. En principe, la liberté de fixer et de mettre en œuvre une politique commerciale sur un marché ne suppose pas de droits exclusifs, pas plus qu'elle n'en génère. Des mesures licites prises par des concurrents, y compris des entreprises publiques, peuvent affecter l'exercice pratique de libertés commerciales mais, prises au sein de larges limites, elles ne nuisent pas à la liberté en elle-même. S'il est objecté que les mesures dont a bénéficié la société SeaFrance n'étaient pas licites en vertu du droit national ou communautaire, la réponse est que, conformément à l'article 41.4, il appartenait à la société Eurotunnel de poursuivre cette question devant une instance française ou communautaire.

392. On pourrait d'ailleurs se demander quelles étaient les obligations précises incombant à la France s'agissant de la société SeaFrance ? De mettre à disposition une possibilité équivalente de recapitalisation (possibilité dont la France affirme qu'elle était effectivement ouverte) ? De verser des subventions d'un montant équivalent à Eurotunnel ? Des questions similaires pourraient être posées au sujet de la SNCF. Les stipulations générales concernant la liberté de fixer la politique commerciale figurant aux articles 2.1 et 12.1 ne sont pas à même de générer des obligations positives de cette nature.

3. Accord d'extension de la Concession, article 7

393. Par l'Accord d'extension de la Concession du 13 février 1998, article 7, les gouvernements se sont engagés à faciliter le développement du trafic ferroviaire entre leurs deux pays et vers les pays tiers. Cette stipulation ne visait pas directement la question des subventions, ni celle d'une aide financière à des concurrents. Elle ne peut donc pas davantage être prise comme fondement de la demande relative à SeaFrance que les autres stipulations et dispositions examinées dans la présente Section.

D. CONCLUSION

394. En conséquence, la demande relative à SeaFrance est entièrement rejetée.

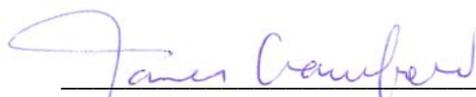
CHAPITRE VIII – DÉCISION

395. Pour les motifs exposés ci-dessus, le Tribunal :

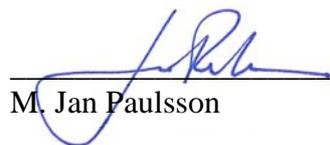
1. retient sa compétence, à l'égard des deux Défendeurs en ce qui concerne la demande relative à Sangatte et à l'égard de la France en ce qui concerne la demande relative à SeaFrance ; mais seulement en ce que ces demandes sont fondées sur une violation des obligations des Défendeurs au titre du Contrat de concession ou du Traité de Cantorbéry tel que mis en œuvre par le Contrat de concession ;
2. conclut que, dans le cadre du problème des migrants clandestins tel qu'il se présentait dans le Calais de septembre 2000 à décembre 2002, il incombait aux concédants, agissant par l'intermédiaire de la C.I.G. et d'autre manière, de maintenir des conditions normales de sûreté et d'ordre public dans le terminal de Coquelles et autour de celui-ci ; que les concédants ont manqué à prendre les mesures appropriées à cet égard et ont, en conséquence, violé les articles 2.1 et 27.7 du Contrat de concession ;
3. conclut que les Demandeurs sont en droit de recouvrer les pertes résultant directement de cette violation, qui seront évaluées, le cas échéant, lors d'une autre phase de la présente procédure, en tenant compte de leurs obligations en vertu de l'article 15.3 du Contrat de concession ;
4. rejette tous les autres chefs de demande présentés par les Demandeurs.

396. Pour les raisons mentionnées dans son opinion dissidente, Lord Millett aurait limité la responsabilité du Royaume-Uni aux frais de détention et de reconduite imposés aux Demandeurs et recouverts à leur encontre.

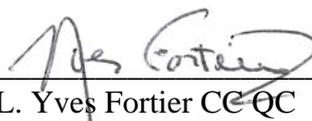
Siège de l'arbitrage : Bruxelles, Belgique
Date : 30 janvier 2007



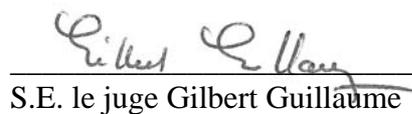
M. le professeur James Crawford SC
Président



M. Jan Paulsson



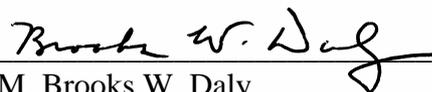
M. L. Yves Fortier C.E.Q.C.



S.E. le juge Gilbert Guillaume



Le très honorable Lord Millett



M. Brooks W. Daly
Greffier

ANNEXE

Stipulations clés du Contrat de concession

Clause 2: The Project and the Characteristics of the Fixed Link

2.1 Subject to an in accordance with the provisions of this Agreement, the Concessionaires shall jointly and severally have the right and the obligation to carry out the development, financing, construction and operation during the Concession Period of a Fixed Link under the English Channel between the Department of the Pas-de-Calais in France and the County of Kent in England. Subject as aforesaid, they shall do this at their own risk, without recourse to government funds or to government guarantees of a financial or commercial nature and regardless of whatever hazards may be encountered. The Principals shall, in a manner which they will endeavour to co-ordinate between them, adopt such legislative and regulatory measures, and take such steps, including approaches to international organisations, as are necessary for the development, financing, construction and operation of the Fixed Link in accordance with this Agreement and ensure that the Concessionaires are free, within the framework of national and Community laws, to determine and carry out their commercial policy.

Except as expressly permitted by this Agreement, by national and Community laws and by their international engagements including the Treaty, the Principals will not intervene in the conduct or operation of the Fixed Link. They will use reasonable endeavours to carry out the infrastructure necessary for a satisfactory flow of traffic, subject to statutory procedures.

Article 2: Objet et assiette de la Concession; caractéristiques des ouvrages

2.1 Dans les conditions prévues par la présente Concession, les Concessionnaires ont le droit et l'obligation d'assurer conjointement et solidairement la conception, le financement, la construction et l'exploitation, pendant la durée de la Concession, d'une Liaison Fixe à travers la Manche entre le département du Pas-de-Calais en France et le Comté de Kent en Grande-Bretagne. Les Concessionnaires agissent à leurs risques et périls et sans appel à des fonds gouvernementaux ou à des garanties gouvernementales de nature financière ou commerciale, quels que soient les aléas rencontrés durant la Concession. Les Concédants coordonnent autant que possible leur action afin d'adopter les dispositions législatives et réglementaires et de prendre toute mesure, y compris au niveau international, qui sont nécessaires à la conception, au financement, à la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe par les Concessionnaires en conformité avec la Concession. Les deux Gouvernements garantissent aux Concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaires, la liberté de fixer leurs politiques commerciales.

Sous réserve des dispositions de la présente Concession, des lois et règlements nationaux et communautaires ainsi que de leurs engagements internationaux, y compris le Traité, les Concédants n'interviennent pas dans la gestion ou dans l'exploitation de la Liaison Fixe. Ils prennent toutes les dispositions souhaitables pour réaliser, dans le respect des procédures en la matière, les infrastructures nécessaires à un écoulement satisfaisant du trafic.

Clause 12: Commercial Policy and Tariffs

12.1 The Concessionaires will be free to determine their tariffs and commercial policy and the type of service to be offered. In particular, laws relating to control of prices and tariffs shall not apply to the prices and tariffs of the Fixed Link.

Clause 13: Public Order and Operating Rules

13.1 Regulations relating to public order will be prescribed by the competent public bodies and authorities in accordance with national law.

Clause 14: Maintenance of the Fixed Link and Continuity of Traffic

14.1 The Fixed Link shall at all times be maintained and operated by the Concessionaires at their own cost in such a condition as is necessary for it to be used for the purpose for which it is designed.

14.2 The Concessionaires shall ensure that all necessary steps are taken to permit the steady flow and continuity of traffic through the Fixed Link and that traffic may pass through with reasonable safety and convenience.

Article 12: Tarifs et politique commerciale

12.1 Les Concessionnaires peuvent fixer librement leurs tarifs, leur politique commerciale et la consistance des services offerts. En particulier, les lois et règlements relatifs au contrôle des prix et des tarifs par les pouvoirs publics ne s'appliquent pas à la Liaison Fixe.

Article 13: Mesures de police et d'exploitation

13.1 Les mesures de police concernant l'ordre public sont prises par les autorités compétentes en vertu des législations nationales.

Article 14: Entretien de l'ouvrage et continuité de circulation

14.1 La Liaison Fixe est constamment entretenue en bon état et exploitée par les Concessionnaires à leurs frais, de façon à être adaptée en permanence à l'usage auquel elle est destinée.

14.2 Les Concessionnaires doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour permettre la continuité et la fluidité de la circulation dans de bonnes conditions de sécurité et de commodité.

Clause 15: Safety, Security and Frontier Controls

15.1 The Concessionaires shall comply with any requirements which are made by either Principal or by the Intergovernmental Commission and which are binding on them under applicable laws and regulations concerning customs, immigration, security, police, public health, veterinary, phytosanitary, transport or road traffic controls, fire, ambulance or other emergency services, as far as they directly relate to the construction and operation of the Fixed Link.

15.2 The two Principals will arrange frontier controls in a way which reconciles so far as possible the rapid flow of traffic with the efficiency of the controls. In accordance with the relevant Directives of the Council of the European Communities, the Principal will take measures to extend bilateral co-operation on the facilitation of controls and administrative formalities. To this end, the frontier controls which are carried out within the boundaries of the Fixed Link will be juxtaposed near to the portals to the tunnels. This does not preclude the possibility of controls on through trains.

15.3 The cost of complying with the requirements of each Principal as specified in Clauses 15.1 and 15.2 shall be borne by the Concessionaires or the relevant public authorities according to the respective national practices of the Principal concerned and respecting the principle of non-discrimination where relevant comparisons can be made with other means of transport. As far as French frontier controls are concerned, the relevant installations will be placed at the disposal of the relevant public authorities free of charge.

Article 15: Sécurité, sûreté, et contrôles frontaliers

15.1 Les Concessionnaires, dans le cadre des lois et règlements en vigueur qui leur sont applicables, satisfont à toutes obligations édictées par les Gouvernements ou par la Commission intergouvernementale en ce qui concerne les contrôles de sûreté, de douane, de police, d'immigration, les contrôles sanitaires, phytosanitaires, routiers et vétérinaires ainsi que les services d'incendie, de secours et autres services d'urgence, dans la mesure où ils sont directement liés à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe.

15.2 Les deux Gouvernements organisent les contrôles frontaliers de manière à concilier autant que possible la fluidité et la célérité du trafic avec l'efficacité de ces contrôles. Conformément aux directives communautaires, les Gouvernements facilitent les contrôles et formalités administratives aux frontières dans le cadre d'une coopération bilatérale. A cette fin, les contrôles qui doivent être effectués dans l'emprise de la Concession sont juxtaposés à l'entrée du tunnel. Cette disposition ne fait pas obstacle à l'exécution éventuelle des contrôles à bord des trains.

15.3 Les coûts engagés pour satisfaire aux obligations édictées par chaque Gouvernement en application des articles 15.1 et 15.2 sont pris en charge par les Concessionnaires ou par les administrations concernées conformément aux pratiques nationales respectives des deux États et en respectant le principe de non discrimination lorsque des comparaisons pertinentes peuvent être faites avec d'autres moyens de transport. En ce qui concerne les contrôles frontaliers français, ces installations sont mises gratuitement à la disposition des administrations auxquelles elles sont destinées.

Clause 20: Joint and Several Liability of the Concessionaires to the Principals

20.1 The obligations of the Concessionaires to the Principals under this Agreement shall be joint and several.

Clause 21: Liability with respect to Users and third parties

21.1 As between the Concessionaires and the Principals, the Concessionaires alone will bear any responsibility there may be for damage suffered by Users of the Fixed Link or by other third parties arising out of the construction or operation of the Fixed Link, without recourse to the Principals. The Concessionaires will hold the Principals fully protected and indemnified in respect of any such damage.

21.2 The provisions of clause 21.1 shall not extend to any damage to the extent that it was caused by the serious default or recklessness of the Principals or either of them. In such a case the relevant Principal or Principals shall be liable to indemnify the Concessionaires to such extent.

21.3 The Principals and the Concessionaires shall promptly inform each other of any claim or proceedings or anticipated claim or proceedings against them and in respect of which they are entitled to be indemnified under this Clause, as soon as they become aware of the same. They shall give reasonable assistance to one another in the defence of such claims or proceedings.

21.4 No party shall permit any claim or proceedings referred to in this Clause to be settled without the prior written consent of the indemnifying parties.

Article 20: Solidarité des Concessionnaires vis-à-vis des États

20.1 Les Concessionnaires assument conjointement et solidairement vis-à-vis des États Concédants les engagements de la Concession.

Article 21: Responsabilité à l'égard des Usagers et des tiers

21.1 Les Concessionnaires sont seuls responsables vis-à-vis des Concédants des dommages causés aux Utilisateurs de la Liaison Fixe, ou à des tiers, qui pourraient résulter de sa construction ou de son exploitation. Ils ne peuvent exercer d'action contre les Concédants à raison de ces dommages. Ils doivent garantir les Concédants contre toute condamnation susceptible d'être prononcée à leur encontre pour de tels dommages.

21.2 Les dispositions du paragraphe 21.1 ne s'appliquent pas en ce qui concerne les dommages imputables à une faute grave et caractérisée des Concédants ou de l'un d'entre eux. Dans ce cas, la responsabilité du ou des Concédants peut être recherchée par les Concessionnaires.

21.3 Les Concédants et les Concessionnaires s'informent mutuellement, dès qu'ils en ont connaissance, de toute réclamation ou procédure diligentée à leur encontre, ou susceptible de l'être, et de nature à porter préjudice à l'autre partie. Ils s'accordent raisonnablement assistance dans leur défense contre de telles réclamations ou procédures.

21.4 Aucune réclamation ou procédure mentionnée dans le présent article ne peut faire l'objet d'une transaction sans l'accord préalable et écrit des parties qui pourraient être tenues à une indemnisation.

21.5 For the purposes of this Clause, references to the Principals shall be construed as references to all persons or bodies representing them or acting on their behalf including without limitation the Intergovernmental Commission and the Safety Authority, and the Principals shall procure that such other persons or bodies shall comply with this Clause as if they had been parties hereto.

Clause 23: Defence and Security of the Fixed Link

23.2 At the joint request of the Principals or at the request of either Principal in the circumstances contemplated by Article 6 of the Treaty, the Concessionaires shall take such action as may be required of them with respect to the defence and security of the Fixed Link.

Clause 25: Interruption of Construction or Operation by order of the Principals

25.1 The Principals undertake not to interrupt the construction or operation of the Fixed Link by the Concessionaires save on grounds of National Defence or in the case of a failure by the Concessionaires to satisfy or comply with the terms of, and as provided in, this Agreement or under the powers referred to in Article 6 of the Treaty. Nevertheless the Concessionaires shall, if so required by the Principals or either of them for any reason, interrupt such construction or operation, either in whole or in part. No such interruption shall be of a duration or extent greater than is necessary having regard to the circumstances giving rise to the requirement therefor.

21.5 Pour les besoins de cet article, l'expression « les Concédants » désigne toute personne ou organisme agissant pour le compte des Concédants, et notamment la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité.

Article 23: Défense et sûreté de la Liaison Fixe

23.2 A la demande des deux Gouvernements agissant conjointement ou à la demande d'un seul des Gouvernements dans les circonstances définies à l'article 6 du traité, les Concessionnaires prennent toutes mesures intéressant la défense et la sûreté de la Liaison Fixe.

Article 25: Interruption de la construction ou de l'exploitation par ordre des Concédants

25.1 Les Concédants s'engagent à ne pas interrompre la construction ou l'exploitation de la Liaison Fixe par les Concessionnaires sauf pour des raisons de Défense nationale ou en cas de carence des Concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession, ou conformément aux dispositions de l'article 6 du Traité. Toutefois, si la demande leur en est faite par les Gouvernements ou l'un d'entre eux, les Concessionnaires doivent interrompre la construction ou l'exploitation, totalement ou partiellement, de la Liaison Fixe. La durée et la nature d'une telle interruption sont proportionnées à la gravité des motifs sur le fondement desquels elle est imposée.

25.2 In the case of any interruption on the grounds of Exceptional Circumstances or other even or circumstance referred to in Clause 24.1 or a failure by the Concessionaires to satisfy or comply with the terms of the Agreement, the Concessionaires will not be entitled to any compensation.

25.3 In the case of any interruption necessitated by reasons National Defence, the Concessionaires will be eligible for compensation in accordance with the provisions of Article 15(3) of the Treaty.

25.4 Any interruption by the Principals otherwise than as referred to in Clauses 25.2 or 25.3 shall entitle the Concessionaires to compensation in accordance with the principles set out in Clause 38.2 except that no compensation shall be payable in respect of the first hour of any such interruption, up to a maximum of 12 hours in any calendar year.

Clause 27: Relations with the Intergovernmental Commission

27.1 In accordance with Article 10 of the Treaty, the Intergovernmental Commission is established to supervise, in the name and on behalf of the Principals, all matters concerning the construction and operation of the Fixed Link.

27.3 The Intergovernmental Commission shall act in the name of and on behalf of the two Principals. It shall endeavour to facilitate relations between the Principals and the Concessionaires.

27.4 The Intergovernmental Commission may, after consultation with the Concessionaires, draw up regulations applicable to the Fixed Link which shall be given full force and effect within national law. These regulations shall follow the principle of non-discrimination, subject to the necessity for harmonisation between the two States and to taking into consideration the specific characteristics of the Fixed Link.

25.2 Dans des cas de circonstances exceptionnelles ou autres événements ou circonstances visés à l'article 24.1, ou de manquement des Concessionnaires à leurs obligations au titre de la Concession, cette interruption n'ouvre pas droit à indemnité.

25.3 En cas d'interruption pour un motif de Défense nationale, les Concessionnaires peuvent prétendre à une indemnisation dans les conditions fixées à l'article 15.3 du Traité.

25.4 Toute interruption décidée par les Concédants pour d'autres raisons que celles prévues aux alinéas 2 et 3 donne droit à indemnisation en faveur des Concessionnaires dans les conditions fixées à l'article 38.2, la première heure d'interruption restant cependant à la charge des Concessionnaires dans la limite des douze heures par année calendaire.

Article 27: Relations avec la Commission intergouvernementale

27.1 Conformément à l'article 10 du Traité, la Commission intergouvernementale est chargée de superviser, au nom des Concédants, la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe par les Concessionnaires.

27.3 La Commission intergouvernementale agit au nom et pour le compte des deux Concédants et s'efforce de faciliter les relations entre les Concédants et les Concessionnaires.

27.4 Après consultation des Concessionnaires, la Commission intergouvernementale peut élaborer des règlements applicables à la Liaison Fixe auxquels force exécutoire est donnée en droit interne. Ces règlements ne doivent pas revêtir un caractère discriminatoire, sous réserve des nécessités d'harmonisation entre les deux États et de la prise en considération des caractéristiques propres de la Liaison Fixe.

27.5 The Concessionaires shall comply with such directions of the Intergovernmental Commission and of the Safety Authority as are necessary for the performance of their functions, as provided in Clauses 27.1 and 27.2. Neither of the Principals nor the Intergovernmental Commission nor the Safety Authority shall act or take or carry out any decision in a manner which is inconsistent with the provisions of this Agreement.

27.7 The Principals shall ensure that in the performance of their functions the Intergovernmental Commission and the Safety Authority shall take the necessary steps to facilitate the implementation of this Agreement. The Principals, the Intergovernmental Commission and the Safety Authority shall give due consideration to the reasonable commercial objectives of the Concessionaires, including the avoidance of unnecessary costs and delays.

Clause 34: Exclusivity and Second Link

34.1 The Concessionaires recognise that, in due course, the construction of a drive through link may become technically and financially viable. They undertake as a result to present to the Principals between now and the year 2000 a proposal for a drive through link which shall be added to the first link when technical and economic conditions for realisation of such a link shall permit it and the increase of traffic shall justify it without undermining the expected return on the first link.

27.5 Les Concessionnaires doivent suivre les instructions données par la Commission intergouvernementale et le Comité de Sécurité dans l'exercice de leurs fonctions prévues à l'article 27.1 et 27.2 ci-dessus. Les Concédants, la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité ne prennent ni n'exécutent de décisions contraires à la présente Concession.

27.7 Les Concédants s'assurent que, dans l'exercice de leurs fonctions, la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité prennent les mesures appropriées pour faciliter l'exécution de la Concession. Les Concédants, la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité prennent en considération les préoccupations commerciales légitimes des Concessionnaires, notamment pour éviter des dépenses et des délais inutiles.

Article 34: Extension éventuelle de l'ouvrage

34.1 Les Concessionnaires reconnaissent que, le moment venu, la construction d'une liaison routière directe peut devenir techniquement et financièrement viable. Ils s'engagent en conséquence à présenter aux Concédants d'ici à l'an 2000 un projet de liaison routière continue sans rupture de charge qui devra compléter le premier ouvrage quand les conditions techniques et économiques de réalisation d'une telle liaison le permettront et l'augmentation du trafic le justifiera sans remettre en cause la rentabilité attendue du premier ouvrage.

34.2 The Principals undertake not to facilitate the construction of another fixed link whose operation would commence before the end of 2020. However, after 2010, and in the absence of agreement with the Concessionaires on the implementation of their proposal for the construction of a drive through link and as to its timetable, the Principals shall be free to issue a general invitation for the construction and operation of such a link. This new link shall not enter into operation before the end of 2020.

Nevertheless, before this date, in the event of demonstrable lack of quality in the service provided, to be judged according to objective criteria, the Concessionaires shall present to the Principals a proposal to remedy such lack of quality. This proposal may go so far as to involve the construction of a new link and is to be subject to the conditions provided in Clause 34.1.

34.3 The Principals agree that throughout the Concession Period no link shall be financed with the support of public funds, either directly or by the provision of government guarantees of a financial or commercial nature.

34.4 The Concessionaires shall offer, through the Fixed Link, a service adequate to meet demand as judged by objective criteria. They shall introduce improvements in the quality of the service within the structure of the Fixed Link subject to:

- conformity with the laws and regulations in force;
- the right for the Principals to refuse to incur any consequential public expenditure, relating for example to land infrastructure;
- the conditions provided in Clause 34.1.

34.2 Les Concedants s'engagent à ne pas faciliter la construction d'une autre liaison fixe dont l'exploitation commencerait avant 2020. Cependant, après 2010, et en l'absence d'accord avec les Concessionnaires sur la mise en œuvre de leur proposition de construction d'une liaison routière directe et sur son calendrier, les Gouvernements seront libres de lancer une consultation générale pour la construction et l'exploitation d'une telle liaison. Cette nouvelle liaison ne pourra entrer en exploitation qu'après 2020.

Toutefois, avant cette date, en cas d'insuffisance manifeste de la qualité du service rendu, à apprécier selon des critères objectifs, les Concessionnaires devront présenter aux Concedants un projet d'extension de l'ouvrage de nature à remédier à ces insuffisances. Cette extension pourra aller jusqu'à la réalisation d'une nouvelle liaison sous réserve du respect des conditions stipulées à l'article 34.1.

34.3 Les Gouvernements sont d'accord pour qu'aucune liaison ne soit financée avec le soutien de fonds publics, soit directement, soit par le biais de garanties financières et commerciales des États durant toute la durée de la Concession.

34.4 Les Concessionnaires offrent dans la Liaison Fixe un service adapté à la demande, apprécié selon des critères objectifs. Ils apportent les améliorations nécessaires à la capacité ou à la qualité des services rendus à l'intérieur des structures de la Liaison Fixe sous réserve:

- du respect des lois et règlements en vigueur;
- du droit des Concedants de refuser toutes dépenses publiques consécutives, relatives par exemple aux infrastructures terrestres;
- du respect des conditions stipulées au 34.1.

34.5 The period during which any Exceptional Circumstances or event or circumstance as referred to in Clause 24.1 seriously affects the operations of one or both Concessionaires for a period of at least three months shall extend by the same period the date of 2020 referred to in Clause 34.2.

CHAPTER V TERMINATION OF THE CONCESSION PERIOD

Clause 36: Termination on Grounds of National Defence

36.1 The Principals, or either of them, may terminate the construction and operation of the Fixed Link by the Concessionaires on the grounds of National Defence.

36.2 In the event of any such termination, the Concessionaires shall be eligible for compensation in accordance with the provisions of Article 15(3) of the Treaty.

Clause 37: Termination by reason of the Fault of the Concessionaires

37.1 In the event of:

- particularly serious default in relation to obligations under this Agreement; or
- the Concessionaires or either of them ceasing to construct or operate the Fixed Link;

the Principals may give notice to the Concessionaires specifying the nature of the relevant circumstances and requiring the Concessionaires to remedy the same within a period of 3 months, or within such further period (not exceeding 6 months) as may be allowed by the Principals.

34.5 La durée d'une circonstance ou d'un événement au sens de l'article 24 affectant sérieusement l'exploitation d'un ou des Concessionnaires pour une période d'au moins trois mois prolongera d'autant la date limite de 2020 stipulée au 34.2 ci-dessus.

TITRE V FIN DE LA CONCESSION

Article 36: Résiliation pour raisons de Défense nationale

36.1 Les deux Concédants ou l'un d'entre eux peuvent mettre fin à la Concession pour des raisons de Défense nationale.

36.2 Dans ce cas, les Concessionnaires peuvent prétendre à une indemnisation dans les conditions fixées à l'article 15.3 du Traité.

Article 37: Déchéance des Concessionnaires

37.1 En cas de:

- manquement d'une particulière gravité aux obligations nées de la Concession; ou
- cessation de la construction ou de l'exploitation de la Liaison Fixe;

les Concédants peuvent mettre en demeure les Concessionnaires. La mise en demeure précise la nature des griefs articulés à l'encontre des Concessionnaires et leur enjoint d'y porter remède dans un délai de trois mois, éventuellement prorogeable, sans que cette prorogation puisse excéder six mois.

This notice will be given at the same time to the Lenders (as defined in Clause 32) with a view to giving them the opportunity, should they so wish, to procure the remedy of the relevant circumstances.

37.2 During this period the Concessionaires shall remedy the specified circumstances.

37.3 If the circumstances are not remedied before the expiry of the relevant period, the Principals may thereupon terminate the Concession Period, subject to first notifying such Lenders and giving them the opportunity of exercising their right of substitution within 1 month in accordance with the procedure specified in Clause 32.1.

Clause 38: Compensation for Termination

38.1 The Principals undertake not to terminate the construction or operation of the Fixed Link other than in accordance with Clauses 29, 36 or 37. Any breach by a Principal of this obligation will give the Concessionaires a right to compensation.

38.2 Such compensation shall correspond to the aggregate net loss actually suffered by the Concessionaires which was at the date of such termination reasonably foreseeable as a direct consequence thereof. This will include both *damnum emergens* and *lucrum cessans*. Account will be taken of the mitigation of loss which the Concessionaires could have achieved by the taking of reasonable measures and the degree of responsibility of the Concessionaires (if any) for the events giving rise to such termination. The Concessionaires shall have no other rights in relation to such termination.

Cette mise en demeure est également notifiée aux Prêteurs tels que définis à l'article 32 en vue de leur permettre, s'ils y ont convenance, de remédier aux difficultés visées ci-dessus.

37.2 Dans ce délai, les Concessionnaires doivent porter remède aux griefs invoqués à leur encontre par les Concédants.

37.3 Si la mise en demeure reste sans effet, les Gouvernements peuvent résilier la Concession, à l'expiration du délai fixe ou de la période de prorogation éventuelle, sous réserve de notifier préalablement aux Prêteurs d'avoir à mettre en œuvre leur faculté de substitution dans le délai d'un mois selon la procédure visée à l'article 32.1.

Article 38: Indemnisation en cas de résiliation

38.1 Les deux Concédants s'engagent à ne pas mettre un terme à la Concession sauf dans les cas définis aux articles 29, 36 et 37. Tout manquement à cet engagement ouvre droit à une indemnité aux Concessionnaires.

38.2 Cette indemnité répare l'ensemble du préjudice direct et certain réellement subi par les Concessionnaires et imputable aux Concédants, dans la limite de ce qui pouvait être raisonnablement estimé à la date de résiliation, ce qui comprend à la fois le « *damnum emergens* » et le « *lucrum cessans* ». Il est tenu compte pour l'évaluation du préjudice de la part de responsabilité éventuelle des Concessionnaires dans les événements à l'origine de la résiliation et de l'atténuation des pertes qui aurait pu être obtenue d'une action diligente des Concessionnaires. Les Concessionnaires n'ont aucun autre droit à l'occasion d'une telle résiliation.

**CHAPTER VI
DISPUTES, LAWS**

**TITRE VI
RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
ET DROIT APPLICABLE**

Clause 40: Settlement of Disputes

Article 40: Règlement des différends

40.1 Any dispute between the Concessionaires or either of them and the Principals or either of them relating to this Agreement shall be submitted to arbitration in accordance with the provisions of Article 19 of the Treaty at the request of any party.

40.1 A la demande de l'une quelconque des parties, tout différend relatif à l'application de la Concession survenant entre les Concessionnaires ou l'un d'entre eux, et les Concédants ou l'un d'entre eux, doit être soumis à un tribunal arbitral conformément aux dispositions de l'article 19 du Traité.

40.2 Disputes between the Concessionaires relating to the interpretation or application of the Treaty shall be submitted to arbitration in accordance with Article 19 of the Treaty at the request of either of them.

40.2 Les différends entre les Concessionnaires relatifs à l'interprétation ou à l'application du Traité doivent, à la demande de l'un d'entre eux, être soumis à l'arbitrage, conformément aux dispositions de l'article 19 du Traité.

40.3 The arbitration referred to in this Clause will be conducted in accordance with the procedure specified in a Protocol or other agreement supplemental to the Treaty.

40.3 L'arbitrage visé dans le présent article est conduit selon la procédure définie dans un protocole ou autre accord additionnel au Traité.

40.4 In accordance with Article 19(6) of the Treaty, in order to resolve any disputes regarding the application of this Agreement, the relevant provisions of the Treaty and of this Agreement shall be applied. The rules of English law or the rules of the French law may, as appropriate, be applied when recourse to those rules is necessary for the implementation of particular obligations under English law or French law. In general, recourse may also be had to the relevant principles of international law and, if the parties in dispute agree, to the principles of equity.

40.4 Conformément à l'article 19.6 du Traité, pour régler les différends relatifs à la Concession il est fait application des dispositions pertinentes du Traité et de la Concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français ou de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais. Il peut, en outre, être fait application des principes pertinents du droit international et, si les parties en sont d'accord, du principe d'équité.

Clause 41: Applicable Law

Article 41: Droit applicable

41.1 The relationship between the Principals and the Concessionaires shall be governed by the provisions of the Treaty, as given effect to by this Agreement, and by the provisions of this Agreement.

41.1 Les relations entre les Concédants et les Concessionnaires sont soumises aux dispositions du Traité, mises en œuvre par la présente Concession, et à celles de la Concession.

41.2 The concessionaires undertake to comply with the laws in force from time to time in each of the two States, including Community law, to comply with those provisions of the Treaty, the supplementary Protocols and arrangements agreed pursuant to the Treaty which are applicable to them and to comply with all rules, regulations, directions and requirements binding on the Concessionaires of all relevant public bodies and authorities and all conditions relating thereto including, without limitation, those relating to the environment, safety and security.

41.3 The provisions of Clause 37 shall apply to those infringements of national or Community law which also constitute a breach of any provision of this Agreement other than Clause 41.2. As regards an infringement which is a breach of only clause 41.2, the provisions of Clause 37 shall apply only if the relevant infringement is of an extremely serious nature.

41.4 The implementation and enforcement of the laws in force from time to time in either State shall be subject to the jurisdiction of the courts of the relevant State or, where so permitted or available under national law, any other relevant forum.

41.5 The Concessionaires undertake not to take any action which may result in either State being in breach of its international obligations.

41.2 Les Concessionnaires s'engagent à respecter les législations et réglementations applicables à tout moment dans chacun des deux États, y compris le droit communautaire, les dispositions du Traité, les protocoles et les accords additionnels établis en application du Traité qui leur sont applicables et toutes les règles, directives et demandes de toutes autorités compétentes et toutes conditions auxquelles les autorisations auront été soumises, notamment en matière de sûreté, de sécurité et d'environnement.

41.3 Les dispositions de l'article 37 sont applicables à un manquement aux dispositions législatives et réglementaires nationales ou communautaires qui constituerait également une méconnaissance des engagements de la présente Concession. En ce qui concerne l'article 41.2, seule une très grave violation des dispositions législatives et réglementaires nationales ou communautaires pourra être sanctionnée par la déchéance.

41.4 Les litiges relatifs à l'application des législations nationales relèvent des tribunaux nationaux ou de toute autre instance éventuellement autorisée par les droits nationaux.

41.5 Les Concessionnaires s'engagent à n'entreprendre aucune action ayant pour effet un manquement de la part de l'un ou de l'autre État à ses obligations internationales.

**ANNEX I
TO THE CONCESSION AGREEMENT
GENERAL CHARACTERISTICS OF
THE FIXED LINK**

AI.4 *Frontier Controls*

AI.41 For road traffic the frontier controls shall be arranged on the principle of free exit. Accordingly procedures, in particular those relating to customs, immigration, police, veterinary and other services, will be carried out on the entry side of the tunnel: in France for traffic from France to Great Britain and in Great Britain for traffic from Great Britain to France.

...

AI.43 The frontier control authorities will provide attendance to enable full-time operation of the Fixed Link.

AI.44 Those parts of the terminals situated between the frontier controls and the tunnel portals will be restricted and access controlled by the Concessionaires and/or police authorities according to national practice. Other parts of the terminal areas may be the subject of a surveillance system, as directed by the Intergovernmental Commission. Incoming and outgoing traffic will be segregated in a way that is acceptable to the relevant authorities.

**ANNEXE 1
CARACTERISTIQUES GÉNÉRALES
DE LA LIAISON FIXE**

AI.4 *Les contrôles frontaliers*

AI.41 Pour le trafic routier les contrôles frontaliers seront organisés selon le principe de la libre sortie. En conséquence, les formalités frontalières, notamment de douanes, de police et d'immigration et vétérinaires, seront effectuées sur le terminal d'entrée au tunnel: en France dans le sens France/Grande-Bretagne, en Grande-Bretagne dans le sens Grande-Bretagne/France.

[...]

AI.43 Les administrations chargées des contrôles frontaliers mettront en place les personnels et moyens nécessaires pour que la Liaison fonctionne de façon permanente.

AI.44 Les zones des installations terminales situées en aval des contrôles frontaliers seront d'accès réglementé et sous contrôle des concessionnaires et/ou des autorités de police suivant les usages nationaux. Les autres zones pourront être sous surveillance, selon ce qui sera prescrit par la Commission intergouvernementale. Toute possibilité de contact et de mélange entre les trafics de départ et d'arrivée sera interdite selon des dispositions agréées par les autorités compétentes.