

GLAMIS GOLD, LTD. V. THE UNITED STATES AND THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD

*Margaret Clare Ryan**

This article critiques the arbitral tribunal's decision in *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America* on the basis of its interpretation of the fair and equitable treatment standard (FET) owed by state parties to foreign investors under NAFTA article 1105.

Part I outlines the post-WWII development of the FET standard in relation to the restrictive, customary international law of minimum standard of treatment (MST). The author traces the expansive treatment of the FET standard by tribunals in both bilateral investment treaty and NAFTA disputes. Despite a binding Free Trade Commission Note of Interpretation limiting the scope of article 1105, NAFTA tribunals had consistently interpreted the FET standard more broadly until the award in *Glamis*.

Part II evaluates the tribunal's reasoning in *Glamis*, arguing that it departs from a growing body of jurisprudence on the FET standard under NAFTA without sufficient justification. The author also criticizes the tribunal's decision to place an unprecedented evidentiary burden on the claimant by requiring proof of both state practice and *opinio juris* of the FET standard.

The conclusion suggests that the decision of the tribunal in *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada* may provide a better approach to balancing governments' legitimate regulatory objectives and foreign investors' treaty rights.

L'auteure critique la décision du tribunal d'arbitrage dans la cause *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America* en raison de son interprétation de la norme du traitement juste et équitable (TJE). Selon l'article 1105 de l'ALÉNA, les États membres doivent le TJE aux investisseurs étrangers.

La Partie I trace les grandes lignes du développement de la norme du TJE après la Seconde Guerre mondiale en ce qui a trait à la norme minimale de traitement (NMT), une norme restrictive et coutumière du droit international. L'auteure retrace l'interprétation large de la norme du TJE par les tribunaux lors de disputes impliquant les traités bilatéraux d'investissement et l'ALÉNA. Malgré une Note d'interprétation contraignante émise par la Commission du libre-échange sur la portée de l'article 1105, les tribunaux de l'ALÉNA avaient, jusqu'à la décision *Glamis*, interprété la norme du TJE plus largement, et ce, de façon constante.

La Partie II évalue le raisonnement du tribunal dans *Glamis* et soutient que celui-ci s'éloigne sans justification d'une jurisprudence croissante sur la norme du TJE dans le cadre de l'ALÉNA. L'auteur critique aussi la décision du tribunal d'imposer au demandeur un fardeau de preuve sans précédent en exigeant qu'il prouve à la fois la pratique étatique et l'*opinio juris* relatifs à la norme du TJE.

La conclusion suggère que la décision du tribunal dans la cause *Merrill & Ring Forestry LP v. Canada* présente peut-être une meilleure approche pour atteindre l'équilibre entre les objectifs légitimes des gouvernements en matière de réglementation et les droits issus des traités des investisseurs étrangers.

* BCL/LLB McGill University, M Phil University of Cambridge. Margaret Clare Ryan is an associate in the international arbitration group at Shearman & Sterling LLP in Paris, France. The author wishes to thank Professors Frédéric Bachand and Christoph Schreuer for their insightful comments and suggestions, and Dr Manuel Dries for his encouragement and support.