



## Continentalisation

Notes et Études

Octobre 2001

### ZLÉA ET INVESTISSEMENTS : DÉBATS ET NÉGOCIATIONS

Par Rémi Bachand

Le 3 juillet dernier, les gouvernements impliqués dans les négociations en vue de la création de la Zone de Libre-échange des Amériques (ZLÉA) ont, remplissant ainsi leurs promesses, autorisé la diffusion des textes relatant l'état des négociations. Malgré notre accord avec l'opinion de Dorval Brunelle selon laquelle les positions présentées par les négociateurs représentant les différents gouvernements ne sont pas, somme toute, très éloignées les unes des autres<sup>1</sup>, il nous semble néanmoins intéressant de noter que le texte laisse entrevoir certains débats qui ne sont pas aussi banals qu'on pourrait le croire. Bien sûr, le fonds du débat demeure le même, à savoir l'extrême libéralisation des capitaux, mais les textes de cet avant-projet d'accord laissent

deviner des réserves, voire certains malaises parmi les pays engagés dans les négociations. Malgré le fait que nous n'ayons pas accès à l'information qui préciserait quels sont les pays appuyant les différentes versions de l'accord<sup>2</sup>, information qui, à cause du rapport de force évidemment inégal prévalant entre les différents États concernés, nous éclairerait énormément sur l'état des négociations, nous pouvons nous risquer à une analyse de ces textes en soulignant les différences les plus importantes à nos yeux. C'est ce que nous tenterons de faire dans les prochaines pages, en limitant toutefois nos propos au chapitre sur les investissements. Nous ne ferons pas une analyse politique ou

---

<sup>1</sup> Brunelle, D. "ZLÉA: vers une libéralisation extrême des marchés" *Le Devoir [de Montréal]* (12 juillet 2001), A-7.

---

<sup>2</sup> Nous devons évidemment souligner que quelques pays tels que le Canada, les États-Unis, le Chili et le Costa Rica ont mis à la disposition du public et par le biais d'Internet leur position, mais ces positions sont souvent très vagues et ne nous apprennent que très peu de choses.

économique exhaustive de ce chapitre, travail ayant déjà été fait lors d'un précédent cahier de recherche<sup>3</sup>, mais rechercherons plutôt des indices laissant présager des débats dans les négociations.

### **Champ d'application et définition d'investissement**

Le premier point potentiellement litigieux apparaissant dans les textes concerne le champ d'application et la définition des investissements qui seront protégés par l'accord. Le paragraphe 2 de l'article 1 de l'accord comprend plusieurs versions dont la majorité précise que l'accord protégera tous les investissements, qu'ils aient été faits *avant* ou *après* l'entrée en vigueur de l'accord, mais seulement contre des actes posés par le gouvernement de l'État d'accueil *après* cette même date. Une version minoritaire demande cependant que l'accord ne protège que les investissements admis sur le territoire d'une Partie *après* l'entrée en vigueur de l'accord.

Le second point concerne la définition à donner à ces investissements. Une première version, très large, reprend les exemples d'investissements qui sont donnés dans l'ALÉNA<sup>4</sup>, mais en remplaçant le terme "désigne", utilisé dans l'accord tripartite, par l'expression "inclut, en particulier, mais pas exclusivement", permettant d'étendre éventuellement la protection offerte par cet accord à des types d'investissements non-inclus dans la liste. Un point nouveau est apporté dans quelques-unes des autres versions: la propriété intellectuelle, absente du chapitre 11 de l'accord nord-américain. Cet éventuel ajout pourrait signifier, si on reprend l'exemple classique, qu'un pays qui utiliserait illégalement des formes génériques de médicaments parce que ceux-ci sont moins chers, tel que le Brésil le fait

pour traiter ses citoyens victimes du VIH-SIDA, serait susceptible d'être poursuivi, non seulement par le pays représentant la compagnie victime de la soi-disant violation, mais par la compagnie elle-même, poursuite pouvant donner lieu à des compensations importantes si on se fie aux montants demandés et parfois accordés lors de poursuites du même type intentées en vertu de l'ALÉNA.

Nous devons enfin souligner l'apparition du débat concernant l'extension de la protection aux investissements spéculatifs. À cet égard, l'ALÉNA, en incluant un "avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise", inclut bel et bien les investissements spéculatifs. Or, certains pays tels que le Chili s'opposent formellement à ce que la protection s'étende à ce type d'investissements. Cette opposition prend la forme de deux définitions qui sont proposées. Une première version exclut "les titres ou actions (placements de portefeuille) de société d'une Partie acquis à des fins de spéculation ou détenus à court terme par des ressortissants de l'autre Partie". Dans la même veine, une autre version exclut "les investissements de nature simplement financière ne visant qu'à accéder indirectement au marché financier de l'autre Partie". Ce débat sur les investissements de porte-folio, ou spéculatifs, prend son sens quand on le met en parallèle avec la partie sur les transferts de capitaux qui stipule, pour reprendre les termes de l'ALÉNA que "[c]haque des parties permettra que soient effectués librement et sans retard tous les transferts se rapportant à un investissement effectués sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie" (article 1109 (1)). Cette obligation de permettre les transferts signifie qu'un État ne peut, à l'instar du Chili, avoir des lois qui empêchent ou qui nuisent à une éventuelle fuite soudaine de capitaux spéculatifs, ou non directs. Rappelons que le Chili, par son décret-loi 600<sup>5</sup>, empêche un investisseur de transférer son capital dans

<sup>3</sup> R. Bachand, *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de L'ALÉNA: Quelles leçons en tirer?*, Montréal, Gric, août 2000, (en ligne) <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>.

<sup>4</sup> *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 no2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur: premier janvier 1994), art. 1139 [ci-après: *ALÉNA*].

<sup>5</sup> Voir à ce propos: R. Ffrench-Davis, "Chili, la régulation des entrées de capitaux" (2000) 36 *Problèmes d'Amérique latine* 35.

l'année suivant l'établissement de cet investissement. Selon le gouvernement chilien, "[l]e séjour [obligatoire] d'un an ne [devrait] pas être une restriction pour l'investissement étranger étant donné que la majorité des projets productifs -comme dans le secteur minier ou comme la pêche- nécessite plus d'une année pour être complètement en opération"<sup>6</sup>. Une telle réglementation, à moins qu'un pays ne soit assez habile pour insérer une telle clause en réserve ce qui lui permettrait de faire exception à l'accord, serait interdite.

Enfin, il peut être intéressant de noter qu'une délégation aimerait voir ajouter une phrase disant que "[t]out investissement dont le capital de risque comprend des partenaires nationaux et étrangers, et dont la partie étrangère représente la plus grande partie, peut être considéré comme un investissement étranger".

Par ailleurs, des propositions ont été faites afin que certains types d'investissements étrangers ne puissent se prévaloir de la protection qui serait accordée en vertu de cet accord. Certaines délégations proposent que les capitaux et les biens d'origine illicite ne puissent pas profiter des avantages de ce chapitre. Une autre proposition permettrait aux Parties de "soustraire l'investissement dans certains secteurs à l'application des dispositions du présent accord. Les économies de petite taille seront spécialement favorisées à cet égard". Une proposition, probablement proposée par le Canada qui avait eu de telles revendications lors des négociations avortées à l'OCDE portant sur le fameux *Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI), demande d'exclure les mesures prises à des fins de "protection du patrimoine culturel".

Un article proposé suggère que "le présent chapitre ne pourra être interprété comme empêchant une Partie d'assurer des services ou d'exercer des services ou d'exercer des fonctions, tels que l'application de la loi, les services correctionnels, la sécurité du revenu,

l'assurance emploi, la sécurité ou l'aide sociales, l'enseignement public, la formation publique, les soins de santé et l'aide à l'enfance", article qui représenterait une protection contre un désengagement "forcé" de l'État dans ces services. Une ou plusieurs délégations demandent toutefois d'ajouter à cette phrase les mots "d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les dispositions du présent chapitre", ce qui viderait de tout sens le dit article et qui représente, soit dit en passant, la formulation, à toute chose près, de l'article 1101(4) de l'ALÉNA. Quel traité international, en effet, empêche un État de poser un acte qui ne serait pas incompatible avec le dit accord? Un tel article obligerait les États à insérer en réserve de l'accord les secteurs à protéger (par exemple la santé, l'éducation et les services sociaux) sans quoi ceux-ci se verraient totalement commercialisés et plus rien ne les différencierait des autres types d'investissements.

Une autre proposition stipule, dans le même sens, que "[n]onobstant le paragraphe 5 [le paragraphe dont nous parlions précédemment], si un investisseur dûment autorisé fournit des services ou exerce des fonctions, tels que l'application de la loi, les services correctionnels, la sécurité du revenu, l'assurance emploi, la sécurité ou l'aide sociale, l'enseignement public, la formation publique, les soins de santé et l'aide à l'enfance, les investissements de cet investisseur devront être protégés par les dispositions du présent chapitre".

### **Traitement national, traitement de la nation la plus favorisée et traitement juste et équitable**

Tel que prévu, l'avant-projet d'accord demande aux États d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national aux investisseurs d'une Partie. Il existe quelques versions différentes proposées mais celles-ci ne semblent pas faire l'objet de débat majeur, les différences entre les versions ne semblant pas, *a priori*, aller plus loin que des débats de formes.

<sup>6</sup> Chili.com, *Estatuto de la Inversión Extranjera (DL 600)*, en ligne Chile.com <<http://www.chile.com>> (date d'accès: 27 septembre 2001).

Soulignons seulement qu'il semble avoir unanimité sur le fait que la ZLÉA saura cohabiter avec les zones de libre-échange, unions douanières, marchés communs, unions monétaires ou économiques ou autres institutions semblables c'est-à-dire que malgré les clauses de traitement de la nation la plus favorisée, un pays pourra continuer à offrir un traitement préférentiel à un investisseur d'un pays avec lequel il possède un accord commercial.

De la même façon, les négociations ne semblent pas être porteuses de débats importants concernant l'inclusion de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers. Nous devons toutefois souligner que le Canada tient à ce qu'on définisse clairement la définition de normes minimales de traitement. Rappelons-nous que le 31 juillet dernier, la Commission de libre-échange de l'ALÉNA a entériné une interprétation sur l'article assurant aux investisseurs ces mêmes normes minimales de traitement. Selon elle, cet article "prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie" et ne demande pas aux États d'accorder un "traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers"<sup>7</sup>. Même si le Ministre Pierre Pettigrew s'est déclaré à ce point satisfait de cette note d'interprétation<sup>8</sup> qu'il en a fait la position officielle du Canada<sup>9</sup>, il nous semble que ce

simple renvoi au droit coutumier ne nous éclaire pas autant que prévu. Nous avons expliqué précédemment jusqu'à quel point le droit coutumier et la doctrine semblaient incapable de définir clairement ce concept<sup>10</sup>, contentons-nous donc de citer Laviec pour qui les obligations que les États doivent accorder aux investisseurs en vertu du droit coutumier "ne sont pas nettement identifiées, et qu'elles ne sont pas susceptibles d'être définies de façon satisfaisante"<sup>11</sup>.

## Prescriptions de résultats

Des divergences semblent toutefois apparaître à la lecture de la partie sur les prescriptions de résultats. Rappelons que celles-ci sont des conditions qui sont imposées aux investisseurs lors de l'établissement de l'investissement. Une première version, qu'on devine être la version américaine, voire canadienne et mexicaine, semble être tirée de l'ALÉNA. Cette version, la plus longue de quatre, établit une liste d'obligation que les États devront éviter d'imposer aux investisseurs étrangers. Sa formulation est exclusive, c'est-à-dire qu'elle empêche que soient ajoutées d'autres obligations à la liste incluse dans l'article. Au moins une délégation propose même que soit ajoutée la phrase suivante: "Ce paragraphe ne s'applique à aucune prescription autre que celles qui sont indiquées ici". Une autre version toutefois, extensive, propose d'interdire les obligations "d'exporter des produits [ou] qui précisent que certains produits ou services doivent être acquis localement, *ou qui imposent toute autre prescription semblable*"<sup>12</sup>. Ces derniers mots sont importants parce qu'ils prescrivent, non seulement les obligations de résultats explicitement inscrites dans la liste, mais aussi

<sup>7</sup> Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.dfait.maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-f.asp>>

<sup>8</sup> Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *M. Pettigrew se félicite des interprétations adoptées à la réunion de la Commission de l'ALÉNA au sujet du chapitre 11*, en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <[http://198.103.104.118/minpub/Publication.asp?FileSpec=/Min\\_Pub\\_Docs/104440.htm](http://198.103.104.118/minpub/Publication.asp?FileSpec=/Min_Pub_Docs/104440.htm)>

<sup>9</sup> Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *ZLÉA, Ébauche du chapitre sur*

*l'investissement- Position et proposition du Canada*, en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <[http://www.dfait.maeci.gc.ca/tna-nac/inv\\_aug01\\_f.asp](http://www.dfait.maeci.gc.ca/tna-nac/inv_aug01_f.asp)> (Date d'accès: 27 septembre 2001).

<sup>10</sup> R. Bachand, *Supra* note 3, aux pp. 11 à 13.

<sup>11</sup> J.P. Laviec, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985 à la p. 86.

<sup>12</sup> Souligné par nous.

celles qui pourraient éventuellement être utilisées par les États, tout en étant absentes de cette liste. Deux autres versions font référence aux directives mises en place par l'Organisation mondiale du commerce en la matière qui sont plus souples que celles mises en oeuvre dans l'ALÉNA dans la mesure où elles ne visent que les obligations d'acheter un contingent de produits d'une origine quelconque ou de limiter les importations ou les exportations de marchandises.

### Les transferts

Il ne semble pas y avoir de débats majeurs concernant la possibilité, pour les investisseurs, de transférer toute partie de son investissement librement, sans retard et dans une monnaie convertible. Les litiges semblent plutôt concerner les exceptions à cette règle générale, exceptions qui pourront, semble-t-il, s'appliquer lors de déséquilibres majeurs ou exceptionnels dans la balance des paiements. Si toutes les versions utilisent ces mots "déséquilibres majeurs ou importants" ou des synonymes de ces termes pour décrire les situations où les gouvernements vont pouvoir restreindre la sortie des capitaux, une première version rajoute "ou sont prévues à court terme", et une autre stipule que seules les économies de petite taille pourront restreindre temporairement les transferts, ce qui excluait, ironiquement, le Mexique et le Brésil par exemple qui ont pourtant déjà été, dans un passé pas si lointain, victimes de crises financières causées, entre autre, par des fuites de capitaux.

### Les expropriations

Les différentes versions de l'article sur les expropriations ne semblent pas diverger tellement de la formulation de l'article portant sur le même sujet à l'intérieur de l'ALÉNA. Une version, reprenant les mots de l'ALÉNA<sup>13</sup>, stipule que les États ne pourront, *directement ou*

*indirectement*, nationaliser ou exproprier un investissement étranger. Cette version interdit également que soient prises "des mesures équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation". Cet ajout des termes *directement ou indirectement*, comme ceux de *mesures équivalent à l'expropriation* ont été, rappelons-le, utilisés par des investisseurs lors de quelques poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA<sup>14</sup> pour faire passer comme étant des expropriations des actes qui n'étaient pas des *transferts de possession* de la propriété de l'investisseur par l'État, définition originale d'une expropriation en droit international<sup>15</sup>. Les autres versions ne reprennent pas les termes "directement ou indirectement", mais réutilisent ceux de "mesures équivalent à" ou une formulation signifiant la même chose, tel que "autre mesure ayant le même sens".

Les États auront bien sûr l'opportunité de négocier des réserves, ou exceptions, à cette partie d'accord, comme pour chacune des parties de celui-ci. Une ou plusieurs délégations proposent même d'inclure un article qui confirmerait cet état de fait. Certains aimeraient toutefois inclure une liste de situations où un État pourrait invariablement prendre des mesures qui contreviendraient à l'article sur les expropriations, qu'il ait inscrit la situation ou non en réserve de l'accord. Ces exceptions générales, selon une version, iraient des mesures nécessaires afin d'assurer la vie (et non la santé?) humaine, animale et végétale; pour protéger la balance des paiements et réagir aux difficultés liées à celle-ci; pour protéger des régions, des personnes ou des minorités désavantagées; ou afin de respecter des engagements pris dans le cadre d'unions douanières, de marchés communs, d'unions économiques ou monétaires, ou d'accords semblables.

Les États-Unis et le Canada jugent qu'il est important que soit clarifié "le lien entre cette

<sup>13</sup> ALÉNA, *Supra* note 3, art. 1110.

<sup>14</sup> R. Bachand, *Supra* note 3.

<sup>15</sup> Voir par exemple J.P. Lavié, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, à la p.161.

disposition et le rôle des gouvernements en ce qui concerne des questions telles la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement. Il peut être pertinent de faire ici un aparté pour démontrer la complicité existant entre les gouvernements canadien et états-unien. Dans leur position plus que partout ailleurs encore apparaissent des positions non seulement communes sur le fond, mais aussi dans la forme. La comparaison des textes, et surtout de la version anglaise de la position canadienne, démontrent une similitude gênante entre les deux pays. Dans sa prise de position publique sur ce groupe de négociation, le gouvernement américain affirme que les gouvernements devraient avoir: "a common understanding of this provision's relationship with governments' role to regulate to protect health, safety and the environment"<sup>16</sup> alors que la position canadienne statue que des clarifications devraient être apportées: "on issues such as its relationship to governments' role to protect health, safety and the environment"<sup>17</sup>.

### **Le mécanisme de règlement des différends**

En gros, le mécanisme de règlement des différends reprendrait, selon les différentes formulations envisagées, le mécanisme inséré dans le chapitre 11 de l'ALÉNA. Ce qui signifie que les investisseurs auront vraisemblablement la possibilité d'utiliser un des mécanismes du CIRDI ou celui de la CNUDCI<sup>18</sup>.

### **Engagement à ne pas assouplir les normes**

<sup>16</sup> United States Trade Representative, *Negotiating Group on Investment: Public Summary of the U.S. Position*, en ligne Office of the United States Trade Representative <<http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/invest.html>> (Date d'accès: 27 septembre 2001).

<sup>17</sup> Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *ZLÉA, Ébauche du chapitre sur l'investissement- Position et proposition du Canada*, *Supra* note xxx.

<sup>18</sup> Voir à ce sujet: R. Bachand, *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements: L'ALÉNA comme modèle?*, Montréal, Gric, (en ligne) <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>.

### **en matière de travail et d'environnement afin d'attirer des investisseurs**

Enfin, notons qu'une ou plusieurs délégations aimeraient voir insérer dans l'accord une note forçant les États à "veiller" à ne pas assouplir leurs lois sur l'environnement ou le travail afin d'attirer des investissements, ajout faisant vraisemblablement écho aux critiques de syndicats, organisations environnementalistes et autres groupes d'opposition des accords de libre-échange qui affirment que ceux-ci favorisent une course vers le bas en matière de normes d'environnement et de travail. Les deux pays nord-américains souhaitent l'inclusion d'une telle provision, les États-Unis aimeraient voir inclus, en matière d'environnement, un accord semblable à l'accord parallèle à l'ALÉNA<sup>19</sup>.

### **Conclusion**

En guise de conclusion, nous pouvons rappeler que, tel que prévu, l'avant-projet de chapitre sur les investissements élaboré dans le cadre des négociations sur la création de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) prend modèle sur le chapitre 11 de l'ALÉNA, chapitre qui a causé tant de remous depuis une vingtaine de mois, chapitre qui avait également servi de modèle lors des négociations pour l'*Accord multilatéral sur l'investissement*, négociations qui avaient également causé de nombreuses protestations, notamment en France et au Canada. D'ailleurs, les différents accords et traités portant sur les investissements inclus dans les autres zones de libre-échange ou d'unions douanières telles que le Mercosur, par exemple, ne se distinguent pas vraiment sur le fond de ce fameux chapitre 11. Dans un cas comme dans l'autre, les textes s'emploient à assurer une protection et un traitement maximal pour les investissements étrangers.

Ceci étant dit, les espoirs et les intérêts

<sup>19</sup> Voir au sujet de cet accord: A. Lavoie, *L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACE)*, Fiche d'information, Montréal, GRIC, (en ligne) <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>.

malgré tout parfois divergents des différents gouvernements impliqués dans ces négociations font toutefois en sorte que se profilent certains débats, sur des détails de l'accord il est vrai, mais des détails qui ne sont peut-être pas aussi futiles qu'on pourrait le croire à première vue. Malheureusement l'opacité du processus de négociation nous empêche de nous faire une opinion juste sur l'état de ces négociations. En effet, il n'y a pas lieu, pour les gouvernements, de fanfaronner parce que les textes sont maintenant disponibles au grand public. D'une part, comme le faisait remarquer Dorval Brunelle<sup>20</sup>, tout porte à croire que ceux-ci sont loin d'être à jour; d'autre part, si la lecture des documents nous permet une analyse sommaire de la conjoncture comme nous nous sommes efforcées de le faire dans ce travail, il est difficile de faire une étude en profondeur et de connaître les positions des différents acteurs, ou ne serait-ce que de connaître les positions dominantes lorsque apparaissent des divergences dans ces textes parce que ceux-ci, justement, ne font pas mention de la position des différents protagonistes, et que les ministères concernés par ces négociations se font très discrets sur celui-ci.

---

<sup>20</sup> D. Brunelle, *Supra* note 1.