

La nouvelle donne en matière d'accords sur l'investissement pour les États-Unis : entre les vœux et la réalité

Rémi Bachand*

Depuis l'arrivée au pouvoir de l'actuelle administration aux États-Unis d'Amérique (EUA), la stratégie commerciale du duo Bush-Zoellick a été, on le sait, centrée sur la multiplication d'ententes bilatérales. L'échec de la réunion ministérielle de Cancún et celui des négociations pour la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) semblent avoir accentué cette tendance. Ainsi, au cours des douze derniers mois seulement, des accords ont été conclus avec l'Australie, les pays d'Amérique centrale (Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Salvador et Guatemala, l'accord a déjà été élargi à la République Dominicaine), le Chili et Singapour, et des négociations ont été initiées pour en venir à des ententes du même genre avec le Bahreïn et l'Union douanière sud-africaine (Botswana, Lesotho, Namibie, Afrique du Sud et Swaziland). Si cet engouement pour le bilatéralisme est loin de convaincre tout un chacun¹, rien ne semble plus pouvoir arrêter le duo dynamique d'élargir, pays par pays, cette zone où les produits, les services et les capitaux des EUA pourront s'introduire et fructifier sans entraves.

En matière d'investissements, le passage d'une stratégie multilatérale à une approche bilatérale est d'autant plus consolidé que, dans une lettre qu'il a envoyée le 11 janvier dernier à ses collègues des autres pays membres de l'Organisation mondiale du

commerce (OMC), Robert Zoellick a proposé d'abandonner le thème des investissements dans les négociations du Programme de Doha². Parallèlement à ce retrait stratégique, le département d'État a rendu public un nouveau modèle de traité bilatéral d'investissements cherchant à remplacer celui qui était utilisé depuis les années 80 aussi bien dans les accords traitant exclusivement de l'investissement que dans les accords de libre-échange tels que l'ALENA. Ce nouveau projet se heurte toutefois à la réalité. Non seulement les normes concernant l'investissement inséré dans les derniers accords de libre-échange ne sont pas toujours directement copiées sur ce nouveau modèle, mais en plus elles s'éloignent du modèle précédent, au risque de l'édulcorer.

Cette chronique sera divisée en deux parties. Dans un premier temps, nous analyserons les innovations contenues dans ces accords. En deuxième lieu, nous étudierons de quelles manières les récents accords de libre-échange conclus par les EUA se distinguent en matière d'investissements de leurs prédécesseurs, mais aussi de ce nouveau modèle.

Un nouveau modèle de traité bilatéral d'investissements (entre les vœux...)

Même si elle ne diffère pas substantiellement de celle qu'on rencontrait dans le modèle précédent, la définition de l'investissement utilisée dans le prototype d'accord mérite qu'on s'y attarde. Elle

* L'auteur est candidat au doctorat de droit international à l'Université Paris 1 (Panthéon Sorbonne).

¹ Voir, par exemple : Bhagwati, J. *Testimony, Sub Committee on Domestic and International Monetary Policy, Trade and Technology*, 1^{er} avril 2003, [En ligne] : <http://financialservices.house.gov/media> qui préféreraient que les énergies soient consacrées au multilatéralisme.

² Zoellick, R. Communications aux ministres du commerce, [En ligne] : <http://www.ictsd.org/ministerial/cancun/docs/Zoellick-letter.pdf>, p. 4.



inclut toutes les sortes d'investissements imaginables (depuis l'entreprise aux droits de propriété intellectuelle, en passant par le prêt à une entreprise et les actifs intangibles comme, par exemple, une marque de commerce) et elle comprend également une liste *ouverte* à laquelle de nouveaux types d'investissements peuvent s'ajouter. Cependant, on doit ajouter que l'article exclut explicitement les décisions judiciaires ou administratives.

- *L'éclaircissement de certaines ambiguïtés : du standard minimum de traitement...*

Le nouveau modèle cherche à apporter des éclaircissements au concept ambigu de standard minimum de traitement. Cette équivoque est mise en lumière par le fait qu'il s'est avéré impossible jusqu'à présent de trouver un semblant de consensus sur le contenu du concept, personne ne pouvant s'entendre sur l'implication réelle et concrète de ce fameux standard. Il s'agirait de combler les lacunes des règles plus concrètement posées, d'assurer un plancher sous lequel le traitement accordé aux investisseurs étrangers ne peut tomber même s'il est accordé sans discrimination par rapport aux investisseurs nationaux, ainsi que du respect de certaines règles de source coutumière, telle que l'assurance de voir les décisions judiciaires être dûment appliquées. De façon plus concrète, certains auteurs avouent leur impuissance à définir concrètement les contours de ce principes³. Par exemple, rappelons que certains panels ont, il y a quelques années, rendu des décisions arbitrales concernant des plaintes formulées par des investisseurs dans le cadre de l'ALENA dans lesquelles ils affirmaient qu'une violation d'une autre règle de l'accord (par exemple, une violation du traitement national) établissait presque automatiquement une violation du standard minimum de traitement⁴, interprétations qui s'étaient alors

³ Par exemple : J.P.Lavie, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985 à la page 86; et G.L. Sandrino, «The NAFTA Investment Chapter and the Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective» (1994) 27:2 *Van J. Transnat'l L.* 259 pour qui : «[...] la signification exacte de ce concept est ouverte à une variété d'explication [...]», à la p. 311 [notre traduction].

⁴ «Ainsi, la violation d'une autre règle de droit international en matière de traitement des investissements, quoi que ne prouvant pas de façon absolue une violation aux normes minimales de traitement, pèsera lourdement en faveur d'une violation de l'obligation de l'article 1105 [sur ces normes minimales de traitement] *S.D. Myers c le Gouvernement du Canada* (décision partielle) (2000), Appleton et associés, [En ligne] : <http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf>, (14 novembre 2000), 266 [notre traduction].

attirées plusieurs critiques. À l'inverse et pour éviter que l'on reprenne cette interprétation qu'elle trouvait inadéquate, la Commission du libre-échange (dont les interprétations ont force obligatoire pour les Parties) a par la suite fait remarquer que : «[L]a constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y a eu violation de l'article 1105(1)»⁵.

Or, voilà que le nouveau modèle cherche à clarifier cette ambiguïté en précisant que chaque partie devra accorder un traitement aux investisseurs étrangers qui sera en accord avec le droit coutumier, ce qui inclut, notamment, un traitement juste et équitable. Il précise qu'une violation d'un autre article du traité ne signifie pas automatiquement la violation du standard minimal de traitement, reprenant là l'interprétation de la Commission du libre-échange. Afin de préciser le concept, une annexe est prévue dans laquelle on explique la teneur du droit coutumier, à savoir l'existence d'une pratique générale et constante des États, accompagnée du sentiment de l'obligation juridique. Concrètement, le standard minimum comprendrait tous les droits de source coutumière protégeant les droits économiques des étrangers. Nous craignons toutefois que cet éclaircissement n'en soit pas un, dans la mesure où le contenu concret de ces droits de source coutumière demeure toujours aussi ambigu et que, conséquemment, il demeure aussi ardu de prédire le résultat des décisions arbitrales sur la question de ce fameux standard minimal de traitement.

- *... à l'expropriation*

On le sait, la définition de l'expropriation a également fait l'objet de beaucoup de discussions depuis que des décisions ont commencé à être rendues suite à des plaintes d'investisseurs utilisant la partie B du chapitre sur l'investissement de l'ALENA. Notamment, des décisions contradictoires ont été rendues sur la question de savoir si des actes de puissance publique pouvaient ou non être considérés comme étant une expropriation. Le nouveau modèle reprend la définition et les critères rendant une expropriation licite, à condition que celle-ci soit exécutée pour des raisons d'utilité publique et de manière non discriminatoire, de façon

⁵ Commission du libre-échange de l'ALENA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001, [En ligne] : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>.

conforme à la législation nationale («*in accordance with due process of law*») et soit accompagnée d'une compensation égale à la valeur marchande de l'investissement exproprié. Là encore cependant, une annexe accompagne le texte, annexe qui cherche à éclaircir la définition. Cette annexe établit que la définition de l'expropriation est conforme à celle que donne le droit coutumier et qu'une mesure ne peut être qualifiée d'expropriation que si elle interfère avec les droits de propriété tangibles ou intangibles de l'investisseur. Elle définit deux types d'expropriation : les expropriations directes (reflétant ce que la doctrine anglo-saxonne qualifie de *taking of property*, une prise de possession de la propriété par la puissance publique) et les expropriations indirectes. Ce sont surtout ces dernières qui ont été l'objet de polémiques au cours des dernières années. Or, pour déterminer si une mesure constitue ou non une expropriation indirecte (et, du coup, nécessite une compensation), l'interprète devra, selon les instructions du nouveau modèle, faire une enquête pour connaître dans quelle mesure l'action gouvernementale a eu un impact sur la valeur économique de l'investissement ou sur les attentes raisonnables de profits, ainsi que sur le caractère de l'action gouvernementale. Enfin, un paragraphe de l'annexe stipule que, sauf exception, et dans la mesure où de telles mesures seront prises de façon non discriminatoire, des actions gouvernementales prises à des fins de bien-être public, par exemple, afin de protéger la santé publique, l'environnement et la sécurité, ne seront pas considérées comme étant des expropriations.

Ces clarifications sont, selon notre analyse, la conséquence de décisions prises par des panels arbitraux qui ont entendu des plaintes formulées en vertu de l'ALENA. Les EUA, principaux promoteurs de ces règles de protection des investissements dans les Amériques, ont eux-mêmes été surpris par certaines de ces décisions qui allaient dans le sens d'une restriction de la capacité d'agir des gouvernements. Les règles (et spécialement celles du standard minimum de traitement et de l'expropriation) étaient formulées de manière très vague et cette indétermination relative a été utilisée à quelques reprises pour donner une protection aux investisseurs dont l'étendue dépassait celle qu'accorde la Constitution des EUA⁶. Leurs

gouvernants ont également eu la mauvaise surprise de constater que ces règles n'étaient pas utilisées par leurs propres investisseurs uniquement, mais qu'elles l'étaient également par les investisseurs étrangers contre des mesures prises par les EUA. Alors que les traités bilatéraux avaient été négociés afin de protéger le capital des EUA contre des traitements «arbitraires et discriminatoires» des gouvernements des pays en développement, voilà qu'ils étaient maintenant utilisés afin de remettre en cause les agissements de leur propre autorité publique aux EUA mêmes⁷. Voilà une bonne raison pour restreindre la portée des accords et pour limiter l'indétermination des règles.

Par ailleurs, il sera intéressant de voir de quelle façon les tribunaux arbitraux institués par des traités autres que ceux conclus sur la base du nouveau modèle (par exemple, ceux qui sont institués en vertu de l'ALENA) utiliseront ces clarifications. En principe, puisqu'un traité ne peut produire d'effets juridiques sur des États non parties à ce traité, ces panels ne pourront se référer à ces interprétations. Dans la réalité toutefois, et considérant l'indétermination des règles actuelles et la marge de manœuvre qui est laissée aux arbitres pour interpréter le standard minimum de traitement et le contenu du concept d'expropriation, il ne serait pas surprenant qu'on y réfère, que ce soit explicitement ou implicitement. Il serait en effet extrêmement étonnant qu'une interprétation de ces règles soit contraire aux clarifications données par le nouveau modèle.

- *De timides nouveautés : la transparence, l'environnement et le droit des travailleurs.*

Ce modèle introduit de nouvelles règles sur la transparence et demande aux États parties de publier les lois et les décisions judiciaires relatives aux investissements, ce qui représente surtout une contrainte éventuelle pour les pays avec lesquels les EUA concluront de tels accords, dans la mesure où la publication des lois et des décisions judiciaires se fait systématiquement dans ce pays.

Afin de légitimer ce type de traités auprès des lobbies de protection de l'environnement et des travailleurs, le nouveau modèle stipule que les États parties «reconnaissent» qu'il est inapproprié de tenter

⁶ Voir à ce propos l'excellent article de V. Been et J.C. Beauvais : « The Global Fifth Amendment : NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine », (2003) 78:1 *NYU L. Rev.*, 1.

⁷ Rappelons le cas de la compagnie canadienne qui réclame 970 millions de dollars aux États-Unis comme compensation à des mesures prises par la Californie et qui seraient contraires aux règles de l'ALENA.

d'attirer les investissements en abaissant *certaines* normes du travail⁸ et les règles environnementales. Si une Partie a des raisons de croire que l'autre Partie adopte de tels comportements, ceux-ci pourront être «sanctionnés»... par une demande de consultation afin d'*éviter* que de tels agissements ne se reproduisent !

Le nouveau modèle contient toujours des dispositions permettant aux investisseurs de porter plainte contre une mesure du gouvernement de l'État d'accueil. L'investisseur pourra utiliser le mécanisme du CIRDI, le mécanisme additionnel du CIRDI, les règles de la CNUDCI ou n'importe quelle autre institution ou règlement d'arbitrage, si tel est le vœu des Parties au litige.

Au moment même où on réfléchissait, au pays de l'Oncle Sam, sur les règles devant former ce nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement, des accords de libre-échange étaient signés, accords qui comprennent des règles sur l'investissement justement. Or, de façon étonnante, certains de ces accords se distinguent de manière relativement importante de ce modèle sur certains points jugés sensibles par les EUA.

Les nouveaux accords (... et la réalité !)

Glissons d'abord quelques mots sur le tout dernier accord conclu avec le Maroc au début du mois de mars et dont le texte n'a pas encore été rendu public. D'après les informations disponibles jusqu'à présent, en matière d'investissements, cet accord semble s'insérer parfaitement dans l'axe traditionnel des EUA, le Maroc n'ayant pas réussi à (ou voulu ?) modifier la structure traditionnelle du texte. Globalement, il semblerait que les deux avantages prévus par le pays du Magreb étaient l'ouverture du marché des EUA dans le secteur du textile (ce qui nous apparaît étrange puisque l'*Accord sur les textiles et les vêtements* de l'OMC devrait *théoriquement* libéraliser les marchés de ce secteur en date du 1^{er} janvier prochain) et, justement, les dispositions concernant la protection des investissements, ceux-ci devant encourager les investisseurs des EUA à s'installer au Maroc⁹. Or, il est maintenant bien connu

⁸ Ces normes du travail sont le droit d'association, de négociation collective, l'interdiction du travail forcé, les normes concernant le travail des enfants et celles assurant des conditions de travail acceptables en matière de rémunération minimale, d'heures de travail et de santé et sécurité au travail.

⁹ Alaoui, N. H., «Les États-Unis parviennent à conclure un accord de libre-échange avec le Maroc», *Le Monde*, 6 mars 2003, à la p. 3.

que les traités de protection et de promotion des investissements ne modifient en rien le comportement des investisseurs en ce qui a trait au lieu de leurs investissements, d'autres facteurs s'avérant plus importants, tels que la qualité des infrastructures, celle de la main-d'œuvre et l'importance du marché intérieur¹⁰. Continuons avec l'accord conclu avec les pays d'Amérique centrale dont le texte est extrêmement semblable à celui du nouveau modèle de traité bilatéral d'investissements discuté plus haut. En particulier, celui-ci reprend les notes de clarification concernant le standard minimum de traitement et l'expropriation. En autant que les maigres informations disponibles concernant l'Accord avec le Maroc soient exactes, celui-ci, de même que l'accord les pays d'Amérique centrale, sont les seuls à ne pas se distancer du modèle traditionnel ou du nouveau modèle sur des dispositions d'importance. Cependant, des distinctions sont apparues sur au moins deux points, à savoir : sur la question des transferts (dans les traités avec Singapour et le Chili) et sur la question du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et État, ce dernier point concernant le traité conclu avec l'Australie.

- *Là aussi des nouveautés : des restrictions au libre transfert des capitaux...*

Que le Chili et Singapour se soient montrés frileux face à l'idée de s'engager à permettre en tout temps le libre transfert des capitaux n'a rien de surprenant. Le pays andin a une longue histoire de contrôle des investissements de porte-feuille et, depuis longtemps, préfère à ceux-ci les investissements directs. Par exemple, le traité que le Chili a conclu avec le Canada et qui est entré en vigueur en 1997 contient des dispositions permettant à Santiago de prendre des mesures afin d'assurer la stabilité de sa monnaie. Par exemple, l'Accord permet à la Moneda d'empêcher certains types de transferts pour une période allant jusqu'à cinq années et d'exiger, dans le cas d'investissements autres qu'un investissement direct, la formation d'une réserve d'un montant allant jusqu'à 30 % de l'investissement qui ne peut être dissoute durant une certaine période de temps conformément à la législation chilienne. Quant à Singapour, de par son positionnement géographique, ne peut qu'être sensible aux bouleversements causés par une fuite subite des investissements de portefeuille. On rappellera les effets de la crise qui a fait sombrer plus d'une

¹⁰ CNUCED, *World Investment Report 2002*, Nations Unies, Genève, 2003, aux pp. 83 et ss..

économie nationale de la région en 1998, ainsi que les analyses d'économistes émérites qui ont montré que les pays qui s'en sont le mieux sortis disposaient d'un cadre législatif permettant de contrôler les allées et venues du capital étranger¹¹. Ainsi, ces traités stipulent-ils que le Chili et Singapour ne seront pas tenus responsables des effets entraînés par des mesures restreignant les transferts de certains types capitaux (principalement les capitaux de portefeuille) au cours de l'année suivant la mise en place de ces mesures, celles-ci n'étant pas considérées comme empêchant les transferts de capitaux. En d'autres mots, ces pays peuvent prendre des dispositions allant à l'encontre du traité à condition que celles-ci ne durent pas plus d'une année. Conséquemment, les investisseurs ne peuvent pas (et cette restriction est explicitement inscrite dans les deux traités) déposer de plaintes contre le pays d'accueil moins d'un an avant l'entrée en vigueur de ladite mesure. De plus, dans le cas où les mesures durent plus d'une année, le traité avec le Chili précise que les dommages subis, et pouvant faire l'objet de demande de compensation, seront limités au montant des transferts ayant été bloqués (c'est-à-dire le *damnum emergens*, le dommage subi) et devront exclure les pertes de profits encourues par les mesures (le *lucrum cessans*).

- ... et l'absence de recours en arbitrage pour les investisseurs

L'Accord avec l'Australie, de son côté, se distingue à au moins un égard des modèles de traités d'investissements conclus lors des dernières années par les EUA dans la mesure où il ne permet pas automatiquement à un investisseur de porter plainte devant un tribunal arbitral international (le CIRDI, par exemple) lors de prétendues violations par un États des obligations imposées par l'accord. En effet, ce traité prévoit qu'en cas de différend, les États pourront, lors de consultations, convenir (au cas par cas donc) de permettre à l'investisseur soit disant brimé de porter plainte devant l'un de ces mécanismes. L'absence de cet accès immédiat à l'arbitrage international dans le traité vient de toute évidence de la volonté de l'Australie qui préfère voir les différends surgissant avec les investisseurs des EUA portés devant leurs tribunaux nationaux et non pas devant un panel arbitral international. Luke Eric Peterson rapporte que cette absence viendrait, selon

les autorités australiennes, du fait que l'on était persuadé de part et d'autre de la qualité du système judiciaire de l'autre partie¹². En tenant tête aux EUA (et en faisant probablement des compromis sur d'autres points importants lors des négociations), nous craignons toutefois que l'Australie n'ait pas réussi à empêcher, comme elle l'aurait souhaité, les investisseurs des EUA à recourir à ce mécanisme et ce, à cause de la décision des arbitres du CIRDI dans la décision Maffezini¹³.

Dans la décision sur la juridiction de cette affaire, le panel devait décider si le traité de libre-échange entre l'Espagne et l'Argentine, pays d'origine de l'investisseur Maffezini, permettait aux investisseurs de porter plainte en vertu du mécanisme de règlement des différends du Centre en cas de dispute avec l'État d'accueil de l'investissement. Le panel arbitral a, en premier lieu, constaté que l'article de l'accord prévoyant la façon de régler ce type de différend ne permettait pas à Maffezini d'agir de cette façon, c'est-à-dire de porter plainte devant un panel arbitral formé par le CIRDI. Cependant, puisque le traité contenait un article prévoyant l'octroi aux Parties du traitement de la nation la plus favorisée, et considérant que le traité bilatéral d'investissements en vigueur entre l'Espagne et le Chili permettait, lui, aux investisseurs d'utiliser les mécanismes du CIRDI afin de se plaindre du comportement de l'État d'accueil, ce dernier traitement (plus favorable que celui existant dans l'accord de libre-échange Espagne-Argentine) devait être élargi aux relations entre l'Espagne et les investisseurs argentins. Le panel s'est ainsi reconnu compétent sur le différend même si l'article concernant la façon de régler les différends excluait, pour les cas comme celui-là, le recours à l'arbitrage international.

Or, l'Australie est partie à des accords de libre-échange comprenant des mécanismes de règlement des différends investisseurs-États, permettant aux investisseurs d'utiliser des panels arbitraux pour se plaindre du comportement de l'État où leurs

¹¹ Voir, par exemple, Stiglitz, J., *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002, aux pp. 168 et ss. et Bhagwati, J., « The Capital Myth: The Difference Between Trade in Widgets and Dollars », (1998) 77 :3 *Foreign Affairs*, 7.

¹² Peterson, L.E., « Australian-U.S. FTA Sets Precedent in Lack of Investor-State Dispute Settlement Mechanism, *Invest-SD : Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 16 février 2004, International Institute for Sustainable Development : [En ligne] : http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_investsd_feb16_2004.pdf ; p. 5.

¹³ *Emilio Augustín Maffezini c. l'Espagne, Décision sur la juridiction*, (Cas CIRDI : ARB/97/7) (25 janvier 2000). Voir : Stern, B. « ICSID Arbitration and the More and More Remote State's Consent : A propos of the Maffezini Case », à paraître dans *Mélanges Feliciano*.

investissements sont installés¹⁴. Ce type d'accord, si l'interprétation du panel dans *Maffezini* fait école, pourrait permettre aux investisseurs des EUA (et Australiens également, puisque les EUA sont parties comme on le sait à plusieurs traités incluant ce type de dispositions) d'utiliser les mécanismes d'arbitrage international *même si ceux-ci ne sont pas inclus dans l'accord États-Unis/Australie, et même si ce dernier pays avait l'intention avouée de ne pas inclure un tel mécanisme dans l'accord* ! Ainsi, ce qui est apparu comme un victoire des négociateurs australiens pourrait bien s'avérer n'être qu'une supercherie.

Conclusion

En guise de conclusion, nous voudrions soulever trois nouvelles tendances en ce qui concerne les accords sur l'investissement conclus par les EUA et soulever un questionnement sur leur signification «élargie». En premier lieu, nous voudrions souligner qu'en matière de libéralisation et de transfert de capitaux de portefeuille, tout porte à croire que les leçons (autant empiriques que théoriques) commencent à être retenues par les pays et leurs négociateurs. Les crises financières qui ont affligé plusieurs régions au cours des dernières années et les analyses théoriques que certains économistes chevronnés en ont tirées semblent avoir fait comprendre aux pays possédant un marché financier fragile qu'il peut toujours être utile de posséder certains outils pour contrôler les flux de capitaux dans les périodes de turbulence financière. Or, si les anciens accords privaient les États de ces outils, un modèle alternatif, présent actuellement dans les accords États-Unis/Chili et États-Unis/Singapour redonne, dans une certaine mesure, ces outils aux États.

En second lieu, la «subtilité» maintenant légendaire de l'administration actuelle aux EUA semble permettre aux pays avec lesquels Washington veut conclure des accords de libre-échange d'améliorer leur pouvoir de négociations lors des entretiens avec les négociateurs Yankees. Les échecs successifs des négociations multilatérales (à l'OMC) et régionales (dans le cadre de la ZLÉA) font en sorte que le duo Bush-Zoelick cherche à conclure à tout prix et rapidement des ententes bilatérales de libre-échange. Cette conjoncture permet probablement aux pays partenaires d'arracher quelques compromis aux EUA, comme l'ont fait, par exemple, Singapour et le Chili pour les transferts de capitaux, et l'Australie

pour l'absence (sauf interprétation contraire) de mécanisme de règlement des différends investisseur-État.

Troisièmement, on peut sûrement se réjouir des éclaircissements apportées dans le nouveau modèle d'accord sur l'investissement des EUA en ce qui concerne l'expropriation et le standard minimal de traitement. Washington et la Maison blanche, principaux promoteurs de la libéralisation des investissements dans les Amériques, ont même été surpris par l'interprétation extrêmement large et libérale de ces concepts faite par des panels arbitraux au cours des dernières années. Comme quoi, si certains pays comme le Canada n'avait pas bien évalué l'impact de ces principes et l'ambiguïté de leur formulation, ils n'étaient pas les seuls. Nous devons toutefois souligner que les clarifications ne règlent pas tout et qu'il demeure beaucoup d'ambiguïté et d'incertitude autour de certaines de ces notions.

Enfin, tel que nous l'avons mentionné précédemment, nous sommes extrêmement curieux de voir si ces notes de clarification seront utilisées par les panels ayant à se pencher sur des différends issus de l'ALENA. Étant donné qu'un traité ne devrait pas créer d'obligation pour les États non parties à l'accord, on ne devrait pas, en principe, utiliser ces clarifications pour interpréter cet accord. Une solution, pour les États parties à celui-ci, serait de demander à la Commission du libre-échange de se pencher sur la question et de produire une note d'interprétation, comme on l'a fait en 2001 pour d'autres questions. Nous ne serions pas surpris si les trois partenaires nord-américains utilisaient ce moyen pour dissiper légèrement l'ambiguïté qui plane sur cette partie de l'ALENA.

¹⁴ Par exemple, le traité de libre-échange conclu avec Singapour.