

**INSTITUT D'ÉTUDES INTERNATIONALES
DE MONTRÉAL**

**CENTRE ÉTUDES INTERNATIONALES ET
MONDIALISATION**

Colloque «Construire les Amériques»

5-7 novembre 2003

**Atelier sur les droit des investisseurs et
les droits de la personne**

«Le chapitre 11 de l'ALÉNA et l'intérêt public»

Laurent Cardinal

Directeur, politique commerciale

Ministère du développement économique et régional

**La présente allocution ne reflète
que les opinions de l'auteur
et ne représente en aucune façon les positions
du gouvernement du Québec**

L'ALÉNA est un instrument économique dont l'objectif principal consiste à favoriser le développement des échanges économiques entre ses trois partenaires. Bien que l'ALÉNA prévoie que le développement des relations commerciales se fasse dans le respect du développement durable et des normes de travail reconnues, son impact social se situe d'abord dans l'accroissement du bien-être économique de la population.

En ce sens, il appartient aux autorités politiques de chacun des pays d'assurer la redistribution de la richesse en fonction de leurs priorités et par le biais des mesures qu'elles jugent les plus appropriées. L'Aléna n'est pas une union économique comportant des politiques sociales communes comme, par exemple, l'Union européenne.

En adhérant à l'ALÉNA, les gouvernements d'Amérique du Nord ont reconnu l'importance du développement économique pour leur population et leur responsabilité quant à l'instauration et au maintien de conditions appropriées sur leur territoire. Par le biais du processus démocratique, la population sanctionne généralement assez rapidement les négligences à ce chapitre qu'elles soient réelles ou non fondées.

Un des pré-requis au développement économique réside dans le renouvellement de l'appareil de production, condition sine qua non au maintien de la compétitivité des agents économiques. Au Canada incluant le Québec comme au Mexique, c'est plus de 40% du produit national brut qui doit trouver preneur sur les marchés étrangers et il est nettement improbable que cet impératif se modifie drastiquement dans un avenir prévisible.

L'adaptation des entreprises à l'évolution des conditions économiques dépend en grande partie d'un volume suffisant d'investissements. L'apport de capitaux nécessaires à la réalisation de ces investissements ne peut provenir que de deux sources: l'épargne domestique ou le capital étranger. Mis à part certains pays comme le Japon ou la Suisse, les taux d'épargne des ménages nord-américains sont nettement insuffisants pour éviter le recours aux apports étrangers sous forme de titres de dettes détenus par des institutions financières ou d'investissements directs étrangers. Or, le volume des IDÉ est intimement lié au jugement que portent les investisseurs sur les conditions d'opération qui s'appliqueront à leurs projets, notamment la protection légale qui favorisera la réalisation des rendements attendus.

Si nous envisagions de réaliser un projet industriel ou commercial dans un pays où le climat économique et politique est plutôt délétère, l'Iraq par exemple, je suis certain que chacun d'entre nous exigerait des rendements d'un niveau tel qu'ils compenseront le risque rattaché à ce pays présentement et l'insécurité économique qui en découle.

Bien sûr, mon exemple précédent est pour le moins extrême mais il m'apparaît important de rappeler que le caractère invitant d'une localisation pour les investisseurs dépend de multiples facteurs et, si on admet qu'il est aussi dans l'intérêt public de favoriser la croissance économique, la qualité de la protection juridique accordée aux investissements constitue un des facteurs parmi les plus importants.

Pour certains, il existerait une dichotomie entre les droits conférés aux investisseurs étrangers et ceux des autres citoyens. Nous croyons que cette question mérite une analyse plus nuancée et qu'elle doit prendre en compte également le fait que le bien-être économique fait aussi partie de «l'intérêt public».

Ainsi, un des reproches majeur à l'égard du chapitre 11 est à l'effet que les dispositions de ce chapitre confèrent des droits aux investisseurs qui leur permettent de contester systématiquement toutes les initiatives publiques pouvant avoir un impact sur leurs activités économiques. La crainte qui en résulterait de devoir démontrer systématiquement le bien-fondé de leurs initiatives par les gouvernements, affecterait grandement leur marge de manoeuvre.

D'un autre côté, il pourrait être intéressant de se demander si toutes les initiatives publiques prises en vertu de l'intérêt public le sont réellement. Serait-il possible que certains gouvernements fassent un usage moins «noble» de leur pouvoir réglementaire et que ces «abus» soient également préjudiciables à l'intérêt public?

L'examen de plusieurs litiges investisseur/États, autant dans le chapitre 11 que d'autres dossiers impliquant les gouvernements canadien et québécois, nous incite à adopter des opinions plus nuancées par rapport à celles souvent évoquées. Mais avant de faire cet examen, il m'apparaît utile de faire un bref tour d'horizon des mesures qui régissent les investissements étrangers dans la plupart des pays.

Les accords de commerce et les investissements

Presque tous les accords de libre-échange contiennent ou sont accompagnés de dispositions qui assurent la sécurité des investissements des investisseurs des autres parties. L'accroissement des échanges ne peut se réaliser pleinement sans la prise en compte des échanges intra-firmes et des échanges de services où une présence physique sur le territoire étranger est souvent nécessaire. Ces ententes établissent non seulement les règles de traitement des investissements (en général, le traitement national) mais également les droits des gouvernements locaux en matière de pouvoir réglementaire.

Lorsqu'il n'y a pas d'accord commercial entre deux pays, le cadre de gestion des investissements étrangers se retrouve souvent dans des accords bilatéraux spécifiques. Il y a près de 2000 de ces accords bilatéraux et, comme pour les ALÉs, ils prévoient pour la majorité une procédure d'arbitrage en cas de non-respect des règles convenues ou de désaccord sur la compensation offerte en cas d'expropriation. En général, c'est le mécanisme d'arbitrage de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (Convention CIRDI) ou celui de la *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères* (Convention de New York) qui s'applique.

Un des avantages marqués des accords négociés réside dans la possibilité de protéger ou d'exclure certains secteurs plus sensibles (culture, éducation, santé, programmes sociaux)

ou de fixer les prescriptions applicables à certaines activités (institutions financières, transport aérien, commerce des alcools,...).

Le chapitre 11 de l'ALÉNA

Le chapitre 11 prévoit que chaque partie accorde aux investisseurs des autres parties un traitement comparable à celui applicable aux investisseurs locaux (traitement national) et que ce traitement ne sera pas moindre que celui accordé à tout autre investisseur d'un pays tiers (clause NPF). Le chapitre 11 prévoit également que le traitement imposé à un investisseur d'une autre partie doit être conforme au droit international et que des obligations de résultats ne peuvent être imposées que lorsque l'investisseur bénéficie d'un programme d'aide gouvernemental. Finalement, toute expropriation impliquera une compensation à la juste valeur.

En cas de mésentente sur le respect des obligations d'une partie, un processus d'arbitrage est prévu. Le chapitre 11 diffère donc très peu des modalités des autres accords internationaux qui portent sur les investissements.

Le principal problème qui s'est posé à l'égard du chapitre 11 porte sur l'absence de distinction claire entre d'une part, l'action d'un État qui constitue une expropriation ou une privation du droit de propriété qui requiert une compensation et d'autre part, une intervention de l'État sous forme de réglementation qui ne requiert pas de compensation (réglementation de zonage, quotas d'exportation, réglementations environnementales,...). C'est cette ambiguïté qui est à l'origine de plusieurs plaintes discutables.

Les États-Unis et le Mexique sont d'avis que la jurisprudence va graduellement établir les distinctions qui s'imposent alors que le Canada souhaiterait qu'elles soient dès à présent inscrites dans une lettre d'interprétation. La règle du consensus étant de mise, les discussions se poursuivent à ce chapitre.

Les cours canadiennes et américaines, en vertu d'un corpus jurisprudentiel très développé à ce sujet, traitent les dossiers de façon identique et les investisseurs nationaux bénéficient d'une très grande protection. Le chapitre 11 permet aux investisseurs étrangers de recourir au système juridique du pays dans lequel se trouve son investissement mais, dans un tel cas, il ne peut recourir au mécanisme d'arbitrage du chapitre 11.

Examen des dossiers du chapitre 11 et d'autres causes

Jusqu'à 1998, aucune plainte n'a été traitée sous l'égide du chapitre 11. Ce n'est qu'à partir de ce moment que les dossiers se sont multipliés, vraisemblablement sous l'influence de certains conseillers juridiques qui y ont vu une source importante de revenus. Depuis lors, 28 plaintes figurent dans la liste des dossiers reliés au chapitre 11. Plusieurs de ces plaintes sont demeurées au stade de la lettre d'intention et, dans plusieurs cas, les délais sont tels qu'il est probable qu'aucune suite n'y sera donnée.

À ce jour, seuls deux dossiers ont fait l'objet d'une décision formelle des arbitres fixant un montant de compensation financière à la suite d'une expropriation (Metalclad, Pope & Talbot).

Dans le cas Metalclad, le litige portait essentiellement sur le fait que la société s'est portée acquéreur, en 1993, d'un site d'enfouissement sans avoir obtenu un permis d'opération de la municipalité alors que l'ancien propriétaire du site détenait déjà deux permis fédéraux et un permis de l'État. La municipalité a ordonné sans succès l'arrêt des travaux mais une entente est intervenue avec le gouvernement fédéral permettant à l'entreprise d'opérer pendant cinq ans. La municipalité a contesté sans succès cette entente et les négociations entre prise par la suite avec la compagnie n'ont pu permettre l'émission du permis municipal recherché. C'est à la suite de cet échec que la plainte fut déposée en vertu du chapitre 11.

La première décision des arbitres a donné raison au plaignant qui alléguait que le refus de la municipalité correspondait à une expropriation indirecte du gouvernement mexicain. Cette décision (21 M \$US de compensation) a été portée en appel devant la Cour suprême de Colombie-Britannique qui a conclu aussi que les actions du Mexique et de la municipalité équivalaient à une expropriation indirecte et que l'adoption subséquente d'un Décret environnemental par le Gouverneur de l'État renforçait la cause de l'entreprise. La compensation a été ramenée à 13 M \$US. Le Québec est intervenu dans ce dossier (*amicus curiae*) afin de s'assurer que le jugement ne fasse pas jurisprudence et reconnaisse le respect des compétences constitutionnelles. Il s'agissait d'une question relative à l'existence ou non d'une expropriation compensable.

Dans le cas Pope & Talbot portant sur le régime canadien d'allocation des quotas d'exportation de bois d'œuvre, toutes les allégations du plaignant ont été rejetées sauf celle ayant trait à la norme minimale de traitement. Les arbitres ont accordé une compensation de 461 566 USD (vs 381,9 M USD demandés) parce que le comportement des vérificateurs canadiens a été jugé abusif.

Dans la plupart des autres cas, les plaintes ont été rejetées ou sont en cours. Ce bilan tend à réduire considérablement la portée de la menace pressentie par certains à l'encontre du pouvoir réglementaire souverain des États et de leurs droits individuels.

Waste Management Inc.

Jusqu'en 1995, la compagnie américaine Waste Management Inc. a opéré un site d'enfouissement sanitaire à St-Étienne des Grès (Mauricie). L'intention de l'entreprise était d'y enfouir des déchets en provenance de l'État de New York. La Régie intermunicipale de gestion des déchets de la Mauricie (société paramunicipale) a décidé d'exproprier le site afin de le réserver aux opérations régionales. La Régie a offert 7,5 M \$CAN + intérêts courus en compensation mais la société, après réflexion, a décidé de contester la compensation par le biais du système judiciaire local (loi de l'expropriation et Tribunal québécois de l'expropriation). Après 108 jours d'audience, le Tribunal a accordé 21 M \$Can à la compagnie. Bien que WMI avait annoncé par écrit de son intention de

déposer une plainte en vertu du chapitre 11, l'entreprise a préféré recourir aux tribunaux internes.

MMT

En avril 1997, le gouvernement fédéral adoptait une loi (C-29) interdisant l'importation et le commerce interprovincial du MMT, un additif à essence à base de Manganèse. Bien que le commerce intraprovincial demeurait possible, la raison invoquée était à l'effet que le manganèse est un produit cancérigène.

L'Alberta, le Québec et la Saskatchewan ont contesté la loi fédérale en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) sur la base que le prétexte invoqué semblait mal fondé vu l'absence de preuve de lien entre l'objectif et la mesure, et que la raison vraisemblable résidait dans les pressions d'un constructeur automobile américain qui menaçait de ne pas appliquer sa garantie au Canada sur les systèmes antipollution de ses véhicules. Selon cette entreprise, les résidus de manganèse pouvaient affecter le fonctionnement de ces systèmes.

Parce que le fondement scientifique de la réglementation fédérale était insuffisant, le groupe d'arbitrage de l'ACI a donné raison aux provinces plaignantes et le gouvernement fédéral a abrogé sa Loi. Ce cas aurait pu être associé à un abus du pouvoir de réglementation.

S.D. Myers (SDMI)

SDMI opère une entreprise de traitement de matériaux contaminés au BPC aux États-Unis. SDMI obtenait des contrats d'entreprises canadiennes par le biais d'une filiale située en Ontario. Le gouvernement fédéral a adopté une loi interdisant l'exportation de déchets contenant des BPC sous prétexte qu'il n'était pas assuré que les usines de décontamination américaines étaient à la hauteur technologiquement. Cette décision favorisait la seule entreprise canadienne de traitement de ces produits à Swan Hill en Alberta.

Cet interdit obligeait les entreprises de l'Est du Canada à encourir des frais de transport très élevés jusqu'en Alberta alors que des usines de traitement opéraient dans le Maine et l'État de New York. La Loi a été contestée par Ethyl Corp. mais, étant donné que les États-Unis ont interdit l'importation de BPC en 1997, le tribunal n'a pas conclu à une véritable expropriation mais seulement à un impact temporaire sur les activités de l'entreprise. Aucune compensation à ce titre n'a donc été accordée. Cette cause illustre à la fois un jugement nuancé des arbitres et un certain usage abusif du pouvoir réglementaire par le gouvernement canadien.

CONCLUSION

Des considérations qui précèdent il appert que:

- des dispositions de protection des investisseurs répondant aux plus hauts standards, qu'ils soient nationaux ou internationaux, sont nécessaires afin d'offrir un cadre favorisant les investissements et le développement économique;
- ces dispositions sont nécessaires parce qu'aucun investisseur ne tient pour acquis qu'un gouvernement n'abusera jamais de son pouvoir réglementaire;
- le chapitre 11 de l'ALÉNA comporte tout de même des imprécisions importantes et des lacunes qui méritent d'être corrigées. Certaines de ces lacunes (transparence et amélioration du fonctionnement du processus) ont déjà fait l'objet de mesures de la part de la Commission du libre-échange;
- le chapitre 11, à cause du nombre de cas ou du haut profil de certains d'entre eux, est devenu un «symbole» de l'abdication des gouvernements face aux multinationales, mais ce lien n'apparaît pas vraiment évident après analyse;
- plutôt que de rejeter l'ensemble du concept, servons nous de l'expérience passée pour ce qui concerne les besoins d'une plus grande précision et d'une plus grande transparence.