



**LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA :
Problèmes de fond
et de juridiction**

**Document présenté au Sous-
comité du Commerce
international, des différends
commerciaux et des
investissements internationaux**

**Par le Réseau québécois sur
l'intégration continentale (RQIC)**

**16 février 2004
Ottawa**

Le RQIC est une coalition sociale multi-sectorielle regroupant plus de vingt organisations sociales du Québec, provenant des milieux syndicaux, communautaires et populaires, étudiants, environnemental, de femmes, de droits humains, et de développement international. Les organisations membres du RQIC représentent plus d'un million de personnes.

Depuis sa fondation lors des négociations de l'ALÉ entre les États-Unis et le Canada, le RQIC s'est imposé comme un interlocuteur important de la société civile québécoise en matière d'intégration commerciale. Représentant au Québec de l'Alliance Sociale Continentale (ASC), le RQIC a organisé à Québec en avril 2001 le 2^e Sommet des peuples des Amériques lors du Sommet des Chefs d'États, et plus récemment a été l'organisation hôte du Colloque tri-national Les Dix ans de l'ALÉNA: Bilan social et perspectives qui s'est tenu à Montréal en septembre 2004, avec une participation de plus de 350 délégué-e-s des trois pays signataires de l'accord.

Nous voudrions remercier le *Sous-comité du Commerce international, des différends commerciaux et des investissements internationaux* de nous accueillir afin de nous permettre de faire connaître le point de vue du *Réseau québécois sur l'intégration continentale* (RQIC), coalition d'organisations de la société civile québécoise. Le RQIC assure le suivi des négociations des différents accords commerciaux dans lesquels le Canada est impliqué et est fortement préoccupé par les questions d'intégration continentale. Conséquemment, il s'est donné comme mandat d'intervenir sur ces questions afin de faire valoir le point de vue de ses membres dans la défense de l'intérêt de la société québécoise et canadienne.

Les doutes exprimés sur le bien fondé pour l'ensemble de la société québécoise et canadienne de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA se sont avérés fondés. Plus particulièrement, le chapitre 11 de l'ALÉNA a eu pour effet principal de créer un déséquilibre important entre les droits des investisseurs et ceux des citoyens en réduisant de façon significative la possibilité des États, et dans le cas qui nous concerne de l'État canadien, d'intervenir dans le champ économique mais également dans des secteurs à caractère social, dont la santé et l'environnement. Voilà les éléments principaux qui sont à un tel point problématiques qu'ils devraient impliquer que le *Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international* soit saisi de ce dossier et qu'il tienne des audiences publiques sur l'ALÉNA et notamment sur son chapitre 11.

Au sortir du colloque international que nous avons tenu à l'automne 2004, sur les 10 ans de l'ALÉNA, des acteurs de la société civile des trois pays signataires de cet accord ont fait part de recherches et d'études démontrant que dans les années suivant la signature de cet accord, les effets positifs assurés que devait avoir cet accord sur les populations n'étaient pas au rendez-vous tel qu'annoncé. Certes, le niveau du commerce international a augmenté à l'échelle nord-américaine. Toutefois, cet indicateur ne peut à lui seul constituer une démonstration de la réussite de l'ALÉNA pour les sociétés de nos trois pays.

Préoccupés par les promesses non-tenues par l'ALÉNA, nous pensons qu'il est impératif et urgent que les parlementaires canadiens se mettent à l'écoute de tous les points de vue au sein de la société civile qui ont développé recherche et expertise sur l'ALÉNA et les incidences de cet accord sur notre société.

À l'heure où l'on entend de plus en plus parler d'intégration en profondeur en Amérique du Nord et où des négociations bilatérales s'intensifient à l'échelle des Amériques, nous pensons qu'il est plus que temps de faire le point sur cet important traité qui sert actuellement de modèle aux différentes tables de négociations commerciales.

Les traités commerciaux sont en voie de développer un modèle de société dans lequel les intérêts privés des investisseurs auront primauté sur la souveraineté de l'État et ses droits de légiférer au nom de l'intérêt général et de la défense du bien commun, en matière de politiques publiques. En tant que citoyens canadiens, nous ne pouvons rester insensibles aux conséquences de ces traités sur le Canada. C'est pourquoi, dans le cadre du colloque sur l'ALÉNA tenu l'automne dernier, les participantes et participants en sont venus à la conclusion unanime qu'il y a nécessité de dresser un bilan social de l'ALÉNA, et que celui-ci devrait être réalisé avec la contribution de l'ensemble des organisations de la société civile à l'échelle canadienne.

Nous considérons que notre présence ici aujourd'hui constitue un pas important pour amorcer un dialogue entre le gouvernement, les parlementaires et la société civile. Nous espérons que notre proposition sera entendue et trouvera écho dans la tenue d'audiences publiques sur l'ALÉNA par le *Comité permanent des affaires étrangères et du Commerce international*.

Le chapitre 11 :

Problèmes de fond et de juridiction

Document préparé pour le RQIC

par Rémi Bachand¹

Introduction

Le chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord américain*² portant sur l'investissement est divisé en deux parties. La première d'elles concerne les dispositions de fond et établit les droits qui sont accordés aux investisseurs. Parmi ceux-ci, on remarque le droit de jouir d'un traitement qui serait non moins favorable à celui accordé aux investisseurs nationaux (le traitement national, art. 1102) ou à ceux d'un autre pays (traitement de la nation la plus favorisée, art. 1103), le droit de ne pas se voir imposer d'obligations concernant, par exemple, l'exportation d'un certain pourcentage de la production ou l'achat de produits nationaux (prescriptions de résultats, art. 1106) et celui de pouvoir, en tout temps, transférer la totalité de ses avoirs à l'extérieur du pays (transferts, art. 1109). L'accord leur accorde également le droit de recevoir à tout moment un traitement « juste et équitable » (norme minimale de traitement, art. 1105) et établit des règles que les États doivent respecter s'ils exproprient ou nationalisent l'investissement appartenant à un national de l'une des autres Parties ou s'ils prennent des mesures qui sont *équivalents* à des telles expropriations ou nationalisations (expropriation, art. 1110). Parmi ces règles, la plus importante est celle selon laquelle une compensation égale à la juste valeur marchande devra être versée à l'investisseur privé de son investissement ou de la jouissance de celui-ci. Il est à noter que la plupart de ces dispositions sont également insérées dans un nombre grandissant de traités

¹ Rémi Bachand est candidat au doctorat en droit international et européen à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et membre du Centre d'étude sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM) de l'Université du Québec à Montréal (UQAM).

² *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 no.2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994 [ci-après *ALÉNA*]).

bilatéraux d'investissement³ et d'accords bilatéraux ou régionaux de libre-échange dont un certain nombre auxquels le Canada est partie⁴.

La seconde partie du chapitre concerne les recours que peuvent prendre les investisseurs croyant que les droits qui leur sont conférés en vertu de la première partie ne sont pas respectés. Les articles 1115 à 1138 prévoient que, dans de tels cas, les investisseurs ont la possibilité de déposer une requête conformément aux règlements d'arbitrage du *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements* (CIRDI) ou de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI). Ces deux centres d'arbitrage ont la particularité de s'occuper de différends entre investisseurs et États d'accueil de partout dans le monde et qui concernent, notamment, des violations alléguées de traités bilatéraux d'investissement dont nous faisons mention précédemment. Dans la rédaction de leurs décisions, une tendance importante pour eux est de faire référence aux différends jugés antérieurement⁵. Conséquemment, puisque les dispositions concernant le fond sont semblables et que les panels d'arbitres ont tendance à utiliser grandement les raisonnements juridiques des jugements précédents, certains des différends réglés par ces centres et ne concernant pas l'ALÉNA sont extrêmement pertinents pour comprendre les enjeux du chapitre 11. De ce fait, certains de ces cas seront utilisés dans les prochaines pages afin de montrer les dangers que représente ce chapitre sur la société canadienne.

³ La CNUCED répertoriait plus de 2250 de ces traités bilatéraux d'investissement à la fin de l'année 2002 : CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2003*, Nations Unies, New York, Genève, 2003, p. 8.

⁴ Le Canada est partie à 21 accords bilatéraux d'investissement (et en a signé deux autres, avec l'Afrique du Sud et le Salvador, qui ne sont pas encore entrés en vigueur) : Commerce international Canada (en ligne) http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/fipa_list-fr.asp. En plus de l'ALÉNA, les accords de libre-échange avec le Chili et le Costa Rica (avec lequel pays un accord bilatéral sur l'investissement était déjà en vigueur avant la signature de l'accord de libre-échange) contiennent également un chapitre sur l'investissement semblable à celui décrit dans ces pages.

⁵ Si cette tendance est claire dans le cas du CIRDI, elle est plus difficile à confirmer dans la cas de la CNUDCI dans la mesure où les décisions (exceptions faites de celles concernant l'ALÉNA et ce, à cause d'une décision des États Parties à cet accord) ne sont pas rendues publiques, contrairement à celles du CIRDI.

Cette présentation cherchera à résumer les principaux dangers que représente le chapitre relatif à l'investissement pour la société canadienne et sera divisée en deux parties. Dans la première, nous évoquerons certaines menaces découlant de ses dispositions sur le fond; dans la seconde, de celles résultant des particularités de son mécanisme de règlement des différends investisseur-État.

1- Les dispositions de fond

Dans un premier temps, il est à noter que l'ALÉNA donne au terme « investissement » une définition extrêmement large qui va jusqu'à inclure « un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise »⁶, c'est-à-dire les investissements de porte-feuille. Une définition incluant ce type d'investissements, jumelée à l'obligation qu'ont les États de permettre en tout temps le libre transfert des capitaux empêche, on le voit bien, la capacité de ceux-ci de prendre des mesures afin de réguler les sorties de capitaux en cas de turbulences financières. Par ailleurs, une définition aussi large a déjà fait en sorte de permettre à un investisseur états-unien n'ayant qu'un simple bureau de représentation au Canada de soumettre une requête (partiellement gagnée!) contre ce pays même si l'activité économique au centre du différend concernait la décontamination de déchets toxiques par une usine située en Ohio⁷.

Plusieurs des critiques qui ont été formulées contre le chapitre 11 concernaient le fait que celui-ci restreigne considérablement la possibilité des États d'intervenir dans les activités économiques, c'est-à-dire dans le processus décisionnel concernant la façon dont les richesses seront produites et redistribuées⁸. Le premier de ces exemples concerne l'octroi aux investisseurs du droit de jouir du traitement national. Cette dimension de l'accord signifie, on le conçoit, la fin de la possibilité pour les États de

⁶ ALÉNA, art. 1139.

⁷ *S.D. Myers contre le Canada, première décision partielle*, CNUDCI, (2000).

⁸ Voir Bachand, R., M. Gallié et S. Rousseau, « Droits de l'investissement et droits humains dans les Amériques » (2003) 44 *Annuaire français de droit international* 575.

mettre en œuvre des stratégies de développement fondées sur l'aide aux entreprises nationales⁹.

Plus fondamentalement encore, l'article 1110 qui ne permet aux États de prendre des mesures « équivalent » à l'expropriation (et non plus seulement des *prises de possession* d'un investissement par l'État) que lorsque celles-ci sont accompagnées d'une compensation égale à la valeur marchande de l'investissement exproprié, donne aux investisseurs des armes juridiques pour contrer certaines politiques gouvernementales nécessaires à l'atteinte de certains objectifs en matière de santé, d'environnement ou concernant d'autres dimensions sociales. À cet égard, plusieurs ont déjà fait part de leur crainte de voir certaines mesures de régulation nécessaires à la gestion publique être considérées comme étant expropriatrices. Or, il est à souligner que des panels arbitraux ayant eu à se pencher sur cette question ont rendu des décisions en apparence difficilement conciliables. En effet, d'un côté, les tribunaux arbitraux ayant à rendre décision dans les cas *S.D. Myers c. Canada* et *Marvin Feldman c. Mexique* ont fait remarquer qu'il fallait distinguer une expropriation d'une mesure de régulation. Dans le premier cas, les arbitres ont souligné qu'une telle distinction permettait justement de « réduire le risque que le gouvernement se voit être le sujet de poursuites concernant l'administration des affaires publiques »¹⁰. Dans le second, et allant dans le même sens, le tribunal a fait remarquer que : « les gouvernements doivent être libres d'agir selon les intérêts publics en matière de protection de l'environnement, lors de la modification ou la mise en place de nouveaux régimes fiscaux, l'octroi ou le retrait de subventions gouvernementales, la réduction ou l'augmentation de barrières tarifaires (« *tarriff levels* »), la réglementation en matière de zonage, etc. »¹¹. À l'inverse, dans *Pope & Talbot c. Canada*, le tribunal a plutôt fait valoir que les actes de puissance publique (« *policy power* ») telles que les mesures fiscales pouvaient être considérées

⁹ Voir, par exemple, Bachand, R., *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. Quelles leçons en tirer?*, Montréal, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, cahier de recherche 2000-13, 2000, aux pp. 8 et 9.

¹⁰ *S.D. Myers contre le Canada*, première décision partielle, CNUDCI, (2000), §279 et suivants, la citation § 282 [notre traduction].

¹¹ *Marvin Feldman v. Mexico*, CIRDI (ARB(AF)/99/1), (2002) §98 [notre traduction].

comme étant des expropriations¹². Dans ce cas, on est allé jusqu'à considérer que l'accès au marché états-unien constituait un intérêt de propriété («*property interest*») et était conséquemment protégé par l'article 1110¹³. Enfin, dans *Metalclad-Mexique*, les arbitres ont expliqué que l'expropriation :

n'inclut pas seulement des prises de possession ouvertes, délibérées et connues, telles que des saisies illégales ou des transferts formels ou obligatoires de titres en faveur de l'État hôte, mais couvre aussi des interférences incidentes à l'égard de l'utilisation de la propriété ayant comme effet de priver le propriétaire du tout ou d'une part significative de l'utilisation ou des attentes de bénéfices économiques raisonnables liés à sa propriété même si l'action ne bénéficie pas de toute évidence à l'État¹⁴.

Cette ambiguïté fait en sorte que même si, dans certains cas, une mesure ne serait probablement pas interprétée comme étant une expropriation par un tribunal arbitral, la possibilité qu'elle le soit n'est pas exclue et les investisseurs conservent l'opportunité d'utiliser cette menace pour convaincre les États de ne pas prendre de mesures qui iraient possiblement à l'encontre de leurs intérêts. Concernant ce genre d'utilisation du chapitre 11 que font les investisseurs, on doit dans un premier temps rappeler l'emploi qu'en a fait la compagnie de tabac R.J. Reynolds afin de dissuader le ministère de la santé du Canada de banaliser les paquets de cigarettes. Cette mesure se voulait être un moyen de lutte contre la consommation de tabac chez les adolescents. Quelques années plus tard, ce fut au tour de Philip Morris de proférer des menaces de ce type à l'encontre du même ministère après que celui-ci eut, cette fois là, évoqué l'intention d'empêcher l'utilisation des appellations « légères » et « douces » sur les paquets de cigarettes, sous prétexte que celles-ci laissaient faussement à penser que la consommation de ce type de cigarettes était moins nocive pour la santé que celle des cigarettes régulières. Dans les deux cas, les entreprises états-uniennes ont réussi à faire reculer le ministère de la santé en soutenant qu'au regard de l'ALÉNA, les mesures canadiennes constituaient une expropriation de leur marque de commerce et de certains

¹² *Pope & Talbot contre le Canada, First Interim Award*, CNUDCI, (2000) §99.

¹³ *Ibid.*, §96.

¹⁴ *Metalclad v. United States of Mexico Final Award* , CIRDI (ARB(AF)/97/1,) (2000), §103. [notre traduction].

actifs intangibles (inclus dans la définition de l'investissement dont nous avons fait état précédemment) de leur entreprise¹⁵.

Leur succès à cet égard est directement redevable à un certain nombre de caractéristiques de l'accord qui ont déjà été mentionnées. La première concerne la définition extrêmement large de l'investissement qui couvre non seulement les biens tangibles (une usine ou un commerce, par exemple), mais aussi des éléments aussi intangibles que les marques de commerce. La seconde, l'obligation pour les États de verser une compensation à l'investisseur dorénavant incapable de jouir pleinement de son investissement à cause de la mesure étatique (si nous devons souligner la difficulté d'évaluer la valeur de la marque de commerce ou de l'étiquette « Légères » sur les paquets de cigarettes, le risque qu'un arbitre évalue celle-ci à une somme faramineuse n'est sûrement pas à exclure). La troisième concerne l'ambiguïté entourant les pourtours concrets de la définition de l'expropriation et de ses mesures équivalentes.

Il peut être, à ce moment, pertinent d'évoquer la trentaine de requêtes actuellement en cours (et dont un nombre important découlent directement des mesures prises par le pays suite à la crise financière de 2002) contre l'Argentine en vertu de traités d'investissements semblables au chapitre 11 de l'ALÉNA et qui démontrent avec encore plus de force le déséquilibre entre les droits accordés aux investisseurs étrangers et ceux de la société et qu'apportent ce genre de traités.

La situation qu'a vécue l'Argentine suite à la crise financière ayant culminé en décembre 2002 est assez connue. En bref, les turbulences financières et les fuites de capitaux du pays ont forcé Buenos Aires à abandonner la parité peso-dollar qui avait cours jusqu'alors. La crise a eu, on le sait, de brusques répercussions sur la condition socio-économique de la population, répercussions qui auraient été encore plus violentes n'eût été de la rectification de la politique monétaire par le pays. En effet, dans la mesure où

¹⁵ À ce sujet, voir : Been, V.L., 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 *New York University Law Review* 30.

les fournisseurs (dans bien des cas étrangers) de services aussi essentiels que l'eau et le gaz étaient payés en peso par leurs clients mais que ces prix étaient modifiés en fonction de l'indice d'indexation des États-Unis, laquelle indexation était, selon la loi argentine, calculée en relation avec le dollar états-unien, la perte de valeur du peso face à cette autre devise signifiait dans les faits une multiplication par deux ou par trois des prix pour les consommateurs. Afin d'éviter une telle explosion des prix, les autorités argentines ont décidé d'abandonner temporairement cette indexation basée sur l'indice états-unien et ont empêché par une série de décrets les entreprises d'augmenter les tarifs désormais payés en peso dévalué. Cette décision, sans laquelle une grande partie de la population argentine se serait retrouvée dans l'impossibilité d'avoir accès à des biens aussi essentiels que l'eau et le gaz, a en contre-partie eu des effets négatifs sur les profits des entreprises qui voyaient ainsi leurs rentrées d'argent diminuées. C'est suite à ces mesures qu'a été déposé un grand nombre de la trentaine de requêtes auxquelles fait actuellement face l'Argentine, les investisseurs lésés évoquant une expropriation de leurs investissements. Les requêtes en arbitrage prenant habituellement plusieurs années avant d'être réglées¹⁶, les cas les plus importants n'ont pas été encore jugés mais c'est avec beaucoup d'impatience que ces décisions sont attendues.

Il n'est pas vain, en dernier lieu, d'évoquer la requête menée par le consortium *Aguas del Tunari* et le géant états-unien Bechtel qui a comme point d'origine la privatisation du service d'eau dans la ville de Cochabamba en Bolivie et l'octroi du contrat d'entretien et de distribution à la compagnie. Suite à l'augmentation presque immédiate des tarifs allant jusqu'à 43% (!), des soulèvements violents (dans lesquels on déplora la mort d'un homme) secouèrent la ville, ce qui incita la compagnie à quitter le pays. Suite à ce départ, l'entreprise décida de déposer une requête au CIRDI où elle demande 25 millions de dollars au gouvernement bolivien pour l'expropriation alléguée de son investissement¹⁷.

¹⁶ À titre d'exemple, la requête de la Compagnie générale des eaux, maintenant Vivendi, contre l'Argentine a été déposée en 1997 et n'a pas, à ce jour, connue de dénouement final.

¹⁷ *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivie*; CIRDI (ARB/02/3).

Ces différents exemples nous permettent de mettre en exergue un effet majeur du chapitre 11 de l'ALÉNA et des autres traités bilatéraux d'investissement du même acabit. Dans une démocratie, l'État, vu d'un point de vue libéral, a comme mandat d'équilibrer les intérêts des différents membres de la société. Dans certains cas, on va considérer comme étant judicieux de priver les compagnies de tabac de la possibilité de faire certains types de publicité afin de préserver la santé des adolescents. On s'attendra à ce que les investisseurs de certains secteurs essentiels réduisent leurs profits afin de s'assurer que les parties défavorisées de la population aient accès à l'eau potable ou au gaz (qui leur permettra de chauffer leur habitation et de cuisiner). Considérant tous les avantages dont peuvent jouir ces entreprises du fait même du régime de propriété privée, cette façon d'équilibrer les avantages et les désavantages découlant des aléas politiques et économiques de la société est sans doute un moindre mal pour celles-ci. Ce dont il s'agit, c'est de s'assurer que la population ait un certain mot à dire dans la sphère économique, dans le processus décisionnel concernant la production et la redistribution des richesses. Dans les cas extrêmes (exemplifiés par les requêtes déposées contre l'Argentine et la Bolivie), ce qui est demandé aux investisseurs, c'est de faire preuve d'un minimum de solidarité avec la population du pays où ils s'installent, de ces sociétés auprès desquelles ils réussissent dans bien des cas à engranger des profits d'un ordre inimaginable. Bien sûr, l'époque où Salvador Allende évoquait la thèse du sur-profit pour exproprier les entreprises états-uniennes oeuvrant dans le secteur du cuivre pour ensuite leur demander de verser *au Chili* une compensation est terminée et il ne viendrait plus à l'idée d'un gouvernement de nier la légitimité des profits (quelle que soit leur importance) que font les entreprises même lorsque ces profits ont principalement comme origine des circonstances macro-économiques favorables. Ce qui est demandé, toutefois, c'est de pouvoir prendre en considération les besoins essentiels de la société, c'est de préserver la possibilité de s'assurer que les intérêts de tous seront pris en considération dans la sphère économique, c'est (et le cas de l'Argentine est patent à cet égard) de s'assurer qu'après avoir fait leurs (sur)profits, les investisseurs feront preuve d'un minimum de solidarité avec la population lorsque le contexte économique sera moins favorable pour tous. Or,

et il s'agit là d'une caractéristique fondamentale du chapitre 11 de l'ALÉNA, la possibilité de faire de telles requêtes auprès des investisseurs étrangers et, par le fait même, de chercher un équilibre entre les intérêts de tous et chacun devient une tâche de plus en plus ardue pour les gouvernements.

2- Le mécanisme de règlement des différends.

Règle générale, dans le droit interne, un organe juridictionnel ayant à se prononcer sur une question de droit public aura tendance à le faire en adoptant une approche globale c'est-à-dire qu'il replacera le problème juridique dans le contexte social et évaluera l'impact de sa décision sur les droits et obligations non seulement des parties impliquées mais aussi sur les autres membres de la société. En d'autres mots, il agira de façon à rendre la décision qui sera la meilleure, non seulement pour les parties impliquées mais pour la société dans son ensemble. Ayant à se prononcer, par exemple, sur une mesure rendue nécessaire par un contexte social particulier et qui a eu comme effet d'empêcher la jouissance effective de la propriété d'un investisseur, il est fort possible qu'un tribunal interne de droit public prenne ce contexte en considération et trouve que l'action gouvernementale fut pleinement justifiée. Au contraire, on observe que les tribunaux arbitraux internationaux ayant à se prononcer sur les requêtes des investisseurs le font, d'une manière que l'on pourrait peut-être qualifier de « privatiste », en ne voyant le différend que sous l'angle d'une relation contractuelle entre deux parties, l'État et l'investisseur alors que l'investissement étranger a dans les faits des effets (positifs ou négatifs) importants sur la société. Leur mandat sera, autrement dit, de se pencher sur les droits et obligations des deux parties et analyseront cette relation en l'extirpant de tout contexte social. Le fait qu'une mesure prise par un État et qui aurait eu comme effet d'affecter les droits consentis à un investisseur ait été prise pour assurer l'accès à l'eau des parties les plus pauvres de sa population ne sera pas pris en considération par le tribunal pour qui les seuls droits à défendre sont ceux de l'investisseur. Cette caractéristique est un des aspects importants faisant en sorte que les États cherchent généralement à éviter qu'un différend les opposant à un investisseur ne soit réglé par un tel tribunal arbitral.

Une caractéristique fondamentale du droit international (qui tire essence de la souveraineté égale des États) est que le consentement des États est nécessaire afin qu'un différend qui l'oppose à un autre État ou à un ressortissant étranger soit réglé devant une cour ou un tribunal international. Dans le cas des tribunaux arbitraux spécialisés dans les différends relatifs aux investissements, ce consentement provient généralement (depuis une quinzaine d'années particulièrement) de traités bilatéraux d'investissement ou du cadre juridique national (une loi sur l'investissement prévoyant que les différends pourront être réglés par arbitrage si l'investisseur le désire). En principe, si ce consentement est inexistant, le tribunal n'a d'autre choix que de refuser de retenir sa compétence sur la question, ce qui l'empêche évidemment de se pencher sur le fond de la question. Dans bien des cas, la question à savoir si l'État a ou non donné ce consentement à être lié par une décision arbitrale est ambiguë et demande l'interprétation du tribunal. Or, il est remarquable de constater jusqu'à quel point les tribunaux arbitraux (à tout le moins ceux du CIRDI qui sont ceux dont les décisions sont systématiquement rendues publiques) ont, au cours des dernières années, presque invariablement reconnu leur juridiction en cas de doute, rendant même en ce sens un certain nombre de décisions controversées.

Nous n'évoquerons en ce sens que trois situations, que nous nous efforcerons de résumer à l'extrême pour les besoins de la cause. Dans un premier temps, rappelons la décision dans *Maffezini c. Espagne*¹⁸ dont la requête était fondée sur le traité de libre-échange entre l'Espagne et l'Argentine. Dans ce cas, le panel arbitral a retenu sa compétence même si le traité ne prévoyait pas la possibilité de recours à l'arbitrage à un cas semblable à celui en l'espèce, sous prétexte qu'il contenait un article octroyant aux investisseurs le traitement de la nation la plus favorisée et que l'Espagne était partie à d'autres traités de libre-échange qui auraient permis à l'investisseur d'avoir, dans un tel cas, accès à l'arbitrage. Cette décision fut contestée par plusieurs qui ont fait remarquer qu'on présumait généralement jusqu'à ce jour (et, surtout, que c'était là l'intention des États lors de la signature de ces traités) que le traitement de la nation la plus favorisée

¹⁸ *Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, CIRDI (ARB/97/7).

ne concernait que les dispositions de fond et non pas celle concernant les mécanismes de règlement des différends.

Une seconde situation pertinente pour notre propos est celle où un investisseur provenant d'un pays partie à un traité d'investissement avec le pays d'accueil a conclu avec ce dernier un contrat d'exploitation qui prévoit que les différends entre eux seront réglés devant les tribunaux nationaux de l'État d'accueil (cette clause de juridiction exclusive exclut, semble-t-il, la possibilité d'avoir recours à l'arbitrage international) ou encore que les deux possibilités (celle des tribunaux nationaux et celle de l'arbitrage international) sont ouvertes pour l'investisseur mais qu'une fois une de ces voies choisies, l'autre devient inutilisable (il s'agit de la clause dite de l'option irrévocable ou « *fork on the road* » en anglais). Il s'agit, on le conçoit, d'une certaine forme de limitation du consentement de l'État à être lié par une décision de l'arbitrage international, limitation acceptée par l'investisseur dès le moment où il accepte et signe le contrat d'exploitation. Un certain nombre de requêtes ont été déposées au CIRDI et qui avaient comme fondement de telles situations¹⁹ et, à notre connaissance, le tribunal arbitral a reconnu sa compétence dans chacune d'entre elles. En effet, lorsque l'État défendeur évoquait l'idée que la clause de juridiction exclusive empêchait le tribunal arbitral de retenir sa compétence, celui-ci a généralement expliqué que celle-ci ne concernait que les plaintes fondées sur des violations du contrat (*contract-claims*) et qu'elle n'excluait en rien sa propre compétence dans les plaintes fondées sur la violation du traité (*treaty-claims*), objet de la requête déposée en l'espèce. Dans les cas où le contrat de concession contenait une clause de l'action irrévocable et que l'investisseur avait déjà utilisé les tribunaux nationaux, les tribunaux ont cette fois généralement jugé que la requête n'étant pas la même et avait des fondements nouveaux, cette clause n'excluait nullement leur compétence sur l'affaire en l'espèce.

¹⁹ Voir, par exemple, *Azuriz Corp. C. République argentine*, CIRDI (ARB/01/12), décision sur la juridiction, publiée dans (2004) 131 : 1 *Journal de droit international* 275 (traduction et commentaires : E. Gaillard); *Lanco International inc. c. Argentine*, CIRDI (ARB/97/6), dans (2001) 40 *I.L.M.* 457; et *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine* CIRDI (ARB/97/3).

Une dernière décision qui mérite d'être soulignée est celle impliquant *Tradex c. Albanie*²⁰. Dans ce cas, le consentement de l'État provenait d'une loi entrée en vigueur le premier janvier 1994 et qui prévoyait que les investisseurs dont les investissements avaient été effectués depuis le 31 juillet 1990 pouvaient déposer des requêtes devant le CIRDI. L'investissement de Tradex avait été effectué en 1992 mais des difficultés financières avaient acculé l'entreprise à la faillite, les avoirs ayant été liquidés le 16 décembre 1993, c'est-à-dire *avant* que la loi n'entre en vigueur. Or, devant décider de sa compétence à juger de l'affaire, le tribunal a considéré que même s'il s'agissait d'une application rétroactive de la loi, il pouvait juger de l'affaire parce que la loi considérait comme étant un investissement étranger pouvant déposer une requête au CIRDI tout investissement effectué depuis 1990. Plusieurs commentateurs ont été surpris de cette décision considérant que l'intention de l'Albanie lors de la promulgation de la loi avait probablement été de soumettre à la loi ses agissements à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci, et non à partir de la date utilisée pour définir les investissements étrangers touchés par celle-ci. Pour Emmanuel Gaillard, avocat plaideur pour les parties privées dans ce genre de différends et considéré généralement comme étant favorable aux investisseurs, cette décision n'était « qu'une illustration supplémentaire d'un mouvement très général d'interprétation large de la quasi-totalité des conditions de compétence dans la juridiction du Centre »²¹.

En bref, l'enjeu en ce qui concerne la façon dont les tribunaux arbitraux portent leur jugement en matière de juridiction concerne les éléments qui seront pris en considération lors de celui-ci. D'un côté, les tribunaux nationaux de droit public cherchent à rendre leur décision en vertu de l'ensemble du droit en vigueur dans la juridiction concernée en supposant que ce faisant, leur verdict est celui qui saura le mieux préserver le bien-être de la communauté. Au contraire, les tribunaux arbitraux ayant juridiction sur les différends en matière d'investissements évaluent le problème juridique en ne prenant en considération que les droits et obligations existant entre les

²⁰ *Tradex Hellas S.A. vs Albanie*, CIRDI (ARB/94/2), dans (1999) 14 *ICSID Rev*, 161.

²¹ E. Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales » (2000) 127 *Journal de droit international* 149, à la p. 161.

deux parties présentes, à savoir l'État et l'investisseur, un peu comme s'il s'agissait d'une relation contractuelle conventionnelle entre deux parties privées. Ainsi, considérant l'impact sur la société que peut avoir un investissement majeur, les États ont toujours eu tendance à préférer que leurs différends avec les investisseurs étrangers soient jugés par un tribunal national. Or, les tribunaux arbitraux (ceux du CIRDI à tout le moins) ont eu tendance, depuis quelques années, à interpréter le consentement de l'État de façon très libérale, ce qui a comme effet d'envenimer une situation qui soulevait déjà plusieurs craintes : le fait que certains différends soient jugés sans prendre en considération l'impact de la décision sur l'ensemble de la société.

Conclusion

Il est maintenant temps de résumer brièvement nos conclusions majeures. La caractéristique majeure du chapitre 11 de l'ALÉNA est qu'il a comme effet de créer un déséquilibre important entre les droits des investisseurs et ceux des citoyens. L'article 1110 sur l'expropriation est l'exemple le plus frappant à cet égard bien que d'autres dispositions aient également le même effet. La résultante de ces dispositions est que la possibilité qu'ont les États d'intervenir dans le champ économique (vu comme étant la sphère de la vie sociale où se détermine la façon dont on va produire et distribuer les richesses) se voit considérablement réduite. Cette situation est envenimée par l'indétermination de certaines dispositions. Par exemple, on demeure dans l'incertitude quant à savoir si les mesures de régulation peuvent ou non être considérées comme étant une expropriation. Cette ambiguïté (notamment) a déjà permis à des entreprises de mettre de la pression sur les gouvernements afin que ceux-ci ne promulguent pas certaines législations qui auraient été défavorables à leurs intérêts, même si elles étaient à l'origine conçues afin de préserver l'intérêt public.

La caractéristique principale des tribunaux arbitraux internationaux (compétents pour juger des différends entre investisseurs étrangers et États parties à l'ALÉNA) est de fonder leur décision en fonction uniquement des droits et obligations des deux parties, sans considérer l'impact de celles-ci sur la société. Cet aspect, qui était déjà

problématique au moment de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, en 1994, a été d'autant plus corrompue du fait que les tribunaux ont systématiquement rendu des décisions tendant à élargir leur compétence ce qui leur permet de rendre jugement sur des affaires qui n'avaient pas, à l'origine, fait partie du consentement des États.

ANNEXE 1

COLLOQUE «LES DIX ANS DE L'ALÉNA: BILAN SOCIAL ET PERSPECTIVES» Montréal, Québec, 19 septembre 2004

DÉCLARATION FINALE

L'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) entre les États-Unis, le Mexique et le Canada, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. L'objectif déclaré de ses promoteurs était de créer la plus importante zone commerciale au monde, qui favoriseraient la croissance et la prospérité économiques dans la région et assurerait une amélioration du niveau de vie des populations. Le défi était d'intégrer l'économie des trois pays malgré l'écart entre leurs niveaux respectifs de revenus, de richesse et de développement. Et peu après la signature du traité, il est devenu évident que l'ALÉNA allait servir de modèle pour tous les accords commerciaux à venir.

Mais l'ALÉNA n'est pas un modèle à suivre. Les promesses qui ont été faites ne sont pas au rendez-vous une décennie plus tard. Non seulement ce modèle d'intégration n'a pas réduit les déséquilibres entre les trois économies, pas plus qu'il n'a su atteindre la croissance économique annoncée. Les inégalités qui existaient avant l'accord se sont creusées, en particulier celles touchant les femmes et les peuples autochtones. Accroissement des écarts entre riches et pauvres, concentration de la richesse dans les mains de quelques-uns, diminution du revenu moyen individuel, diminution drastique de la création de nouveaux emplois, accroissement du nombre de travailleuses et travailleurs migrants, aggravation des problèmes environnementaux : telle a été la norme plutôt que l'exception. Au chapitre des pertes d'emplois à temps plein au profit d'emplois atypiques (temps partiel, contractuel et travail autonome), les femmes sont les premières concernées. Championnes du travail précaire, elles sont sur-représentées parmi les bas salariés et les pauvres, et continuent à être confinées dans des ghettos d'emploi, situation qui est aggravée par les coupures dans les programmes sociaux et les divers processus de privatisation en cours dans les services publics.

Au Mexique plus particulièrement, l'agriculture traverse la pire crise de son histoire, frappée de plein fouet par l'effet dévastateur des importations subventionnées du Nord. Les négociations de l'ALÉNA ont par ailleurs amené le gouvernement mexicain à redéfinir la propriété collective des terres, protégées depuis des décennies, ce contre quoi se sont soulevés les paysans du Chiapas et les Zapatistes, qui ont vu à juste titre que l'effacement de leur droit collectif à la propriété entraînait une dégradation épouvantable de leurs conditions de vie. S'ajoute le départ des entreprises américaines *maquiladoras* vers la Chine où les normes salariales et environnementales sont encore plus basses. Cette délocalisation, qui affecte un grand nombre de travailleuses mexicaines, frappe aussi les États-Unis, au point où ceux-ci font face à une désindustrialisation de leur économie. Dans le cas du Canada, si les délocalisations sont aussi à l'ordre du jour, les préoccupations de la population se tournent de plus en plus vers la préservation du système public de santé sur lequel pèsent de lourdes menaces. Les entreprises privées, surtout des États-Unis, exercent des pressions de plus en plus fortes et montrent un intérêt vorace à l'endroit de ce marché qui s'est révélé fort lucratif chez eux. Au Québec, enfin, les exigences d'une adaptation normative par le bas affectant les conditions de travail, le syndicalisme et l'environnement sont appliquées sans relâche, comme cela se produit actuellement à travers la mise sur pied

de projets de partenariats public-privé (PPP) qui mettent en cause notamment les réseaux publics de santé et d'éducation. Les services publics sont sans cesse menacés d'être ravalés au rang de simples marchandises. Et ce sans compter sur les effets du chapitre 11 sur l'investissement et du chapitre 10 sur les marchés publics qui confirment la primauté des intérêts et pouvoirs des entreprises privées sur l'État.

Malgré ce qui précède, les gouvernements de la région maintiennent le cap et continuent à étendre l'emprise de ce modèle de "libre" échange sur le monde, cherchant même à développer une intégration plus en profondeur en Amérique du Nord par le biais d'un ALÉNA plus. Qui plus est, les négociations s'inscrivent toujours dans un processus anti-démocratique dans lequel la transparence est loin d'être au rendez-vous.

Devant cette marchandisation de la vie et de l'abandon du bien commun aux mains des entreprises privées, il est de notre responsabilité d'élargir nos perspectives et nos alliances. Nous appelons à mettre en œuvre et renforcer les mécanismes de défense et de protection des droits humains, économiques, sociaux, culturels et environnementaux, de façon à ce que les ententes commerciales ne conduisent pas à l'affaiblissement du cadre juridique et de la souveraineté des États.

Nous posons d'emblée certains principes :

1-Si un État peut transférer partie de sa souveraineté à une organisation étatique internationale, par contre, il ne devrait pas transférer d'éléments de souveraineté à des intérêts privés.

2-Les pouvoirs de légiférer et d'adopter des politiques sociales, culturelles, environnementales et économiques assurant le mieux-être collectif ne doivent en aucun cas être limités par quelque accord commercial que ce soit, ni être subordonnés à quelque accord sur l'ouverture des marchés publics.

3-Le droit des femmes à l'égalité est un principe qui doit présider à la signature de tout accord commercial. De plus les femmes sont préoccupées par la persistance des discriminations et de la violence, accentuées par les politiques de libéralisation des gouvernements, par la délocalisation des entreprises, qui renforcent les inégalités entre les sexes et entre les femmes elles-mêmes.

4-C'est la souveraineté alimentaire qui doit fixer le cadre du commerce dans le domaine de l'agriculture. La production agroalimentaire ne doit pas être considérée comme une marchandise et, par le fait même, le droit de chaque pays à définir sa propre stratégie de développement agricole est inaliénable.

5-Les accords commerciaux ne doivent pas relever uniquement des pouvoirs exécutifs (présidence, Cabinets ou conseil des ministres). Ils doivent être négociés dans la transparence pour que les populations concernées puissent en débattre en toute connaissance de cause.

6-Les services publics, particulièrement l'éducation, la santé et l'eau, doivent faire l'objet d'une exclusion générale et permanente des accords de commerce afin de préserver le bien commun, fondement de nos sociétés.

7-La culture doit également faire l'objet d'une exclusion générale et permanente des accords de commerce international en vue de préserver la diversité culturelle sur la planète.

UN AUTRE MONDE EST POSSIBLE!

Si les mouvements sociaux des Amériques et d'ailleurs ont réussi à freiner la négociation d'accords de type ALÉNA en de multiples occasions (déraillement de l'AMI, échec de la conférence de l'OMC à Seattle, stagnation des négociations de la ZLÉA, etc.), il est clair, à la lumière de la prolifération des accords régionaux ou bilatéraux, que les promoteurs de la libéralisation des marchés continuent d'utiliser l'ALÉNA comme modèle.

À l'heure où l'échéancier et le contenu du projet de ZLÉA sont en redéfinition et où les élites économiques nord-américaines réorientent leur stratégie vers une intégration en profondeur sur le territoire ALÉNA, nous devons poursuivre notre lutte pour freiner la dérive actuelle de la mondialisation, des accords de libre-échange et des politiques de libéralisation des gouvernements.

Nous exigeons de nos gouvernements un bilan exhaustif des effets de l'ALÉNA depuis sa signature, incluant une analyse différenciée selon que l'on soit homme ou femme (analyse de genre). Nous exigeons que l'ensemble de la population et des organisations de la société civile contribuent à la réalisation de ce bilan et que celui-ci s'inscrive dans un processus de réévaluation de l'ALÉNA et de révision de la politique commerciale internationale dans chacun de nos pays.

Nous mettons à l'avant-scène la défense et la préservation des biens publics constitutifs du bien commun et nous nous opposons à tout processus de privatisation des services publics. Nos gouvernements doivent se prononcer sur cet enjeu crucial qui constitue le fondement même de toute société.

Nous exigeons de nos gouvernements des ententes commerciales qui respectent :

- la primauté des droits individuels et collectifs sur le commerce et le profit;
- l'égalité entre les hommes et les femmes;
- la préservation intégrale du pouvoir de l'État de légiférer pour promouvoir le bien commun, l'intérêt public, la démocratie et le respect de l'environnement;
- un processus de négociation et d'adoption transparent et démocratique.

Confrontés à des problèmes communs qui commandent une plus grande unité d'action, nous, du Québec, du Canada, des États-Unis et du Mexique, reconnaissons la nécessité de renforcer nos réseaux nationaux et de poursuivre notre travail de formation et d'information le plus largement possible sur les enjeux soulevés par ce modèle de mondialisation qu'on nous impose. Nous reconnaissons également la nécessité de travailler à construire un espace commun à l'échelle de l'Amérique du Nord afin de consolider nos stratégies et promouvoir nos alternatives fondées sur le respect des droits humains, économiques, sociaux, culturels et environnementaux des peuples et des nations d'Amérique du Nord.

ANNEXE 2

Membres du RQIC :

Alternatives

Association canadienne des avocats du mouvement syndical
Association mondiale des radiodiffuseurs communautaires (AMARC)
Association québécoise des organismes de coopération internationale (AQOCI)
Centrale des syndicats démocratiques (CSD)
Centrale des syndicats du Québec (CSQ)
Centre de formation populaire (CFP)
Centre international de solidarité ouvrière (CISO)
Confédération des syndicats nationaux (CSN)
Conseil central de Montréal métropolitain (CCMM-CSN)
CUSO-Québec
Développement et Paix
Fédération des femmes du Québec (FFQ)
Fédération des Infirmières et Infirmiers du Québec (FIIQ)
Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ)
Fédération étudiante universitaire du Québec (FEUQ)
Fédération étudiante collégiale du Québec (FECQ)
Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC-UQAM)
Ligue des droits et libertés
Réseau québécois des groupes écologistes (RQGE)
Solidarité, Union, Coopération (SUCO)
Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)

