

Université de Montréal

L'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la démocratie canadienne

par

Érika Normand-Couture

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue
de l'obtention du grade de

Maîtrise en droit (LL.M.)

Option : droit des affaires

Juin, 2016

© Érika Normand-Couture, 2016

Résumé

Depuis son entrée en vigueur en 1994, l'ALÉNA a été vivement critiqué par plusieurs, notamment en raison de son chapitre 11 relatif aux investissements. Ce chapitre prévoit des dispositions protégeant les droits économiques des investisseurs étrangers contre les décisions législatives des États membres. Lorsque les droits économiques des investisseurs étrangers sont affectés par une décision du gouvernement d'un État membre, ceux-ci peuvent tenter des procédures devant des tribunaux d'arbitrage afin d'obtenir des compensations financières, et ce, même si le gouvernement légifère en fonction de l'intérêt de la population. Même si la Charte canadienne ne protège pas les droits économiques, les lois qui sont votées par un gouvernement démocratiquement élu peuvent être contestées par les investisseurs étrangers en vertu des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA. Ces droits et recours octroyés aux sociétés étrangères et leur impact sur la capacité des États signataires de légiférer librement soulèvent une question importante à laquelle ce mémoire tente de répondre: le chapitre 11 de l'ALÉNA porte-t-il atteinte à la démocratie?

Mots-clés : ALÉNA, investissement, démocratie, primauté du droit, Constitution, expropriation, Charte, arbitrage international

Abstract

Since its entry into force in 1994, NAFTA has been strongly criticized by many, notably because of its Chapter 11 on investments. This chapter contains provisions protecting economic rights of foreign investors against legislative decisions of the member States. When economic rights of foreign investors are affected by a decision of the government of a NAFTA member, they can institute proceedings before arbitration panels to obtain financial compensation, even if the government legislates in the public interest. Although the Canadian Charter of Rights and Freedoms does not protect economic rights, bills voted by a democratically elected government can be challenged by foreign investors under the provisions of NAFTA's Chapter 11. These rights and remedies granted to foreign companies and their impact on the ability of signatory states to legislate freely raise an important question which this thesis aims to answer: does NAFTA's Chapter 11 have an impact on democracy?

Keywords: NAFTA, investment, democracy, rule of law, Constitution, expropriation, Charter, international arbitration

Table des matières

Résumé.....	ii
Abstract	iii
Liste des sigles.....	viii
Remerciements	x
I. INTRODUCTION.....	1
II. MISE EN CONTEXTE ET PRÉSENTATION DU SUJET	2
A. L'APPARITION DES ACCORDS SUR LES INVESTISSEMENTS.....	2
B. L'ALÉNA ET SON CHAPITRE 11.....	5
i. Un des plus importants accords économiques internationaux.....	5
ii. L'ALÉNA : la nouvelle façon de faire	6
iii. La controverse relative au chapitre 11.....	11
III. EXPOSÉ DE LA RECHERCHE.....	14
A. LA QUESTION DE RECHERCHE : L'IMPACT DU CHAPITRE 11 SUR LA DÉMOCRATIE.....	14
B. IMPORTANCE DE LA QUESTION DE RECHERCHE.....	16
C. LES FONDEMENTS DE NOTRE RECHERCHE.....	19
D. LES LIMITES DE NOTRE RECHERCHE.....	21
E. STRUCTURE DU MÉMORE.....	22
IV. LA DÉMOCRATIE.....	23
A. LE CONCEPT DE LA DÉMOCRATIE	23
B. COMMENT LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA PORTE-IL ATTEINTE À LA DÉMOCRATIE ET À LA PRIMAUTÉ DU DROIT?.....	26
C. MESURER LA DÉMOCRATIE.....	33
i. Le choix des indices démocratiques utilisés.....	33
ii. Les indices démocratiques mis de côté.....	35
iii. Les indices démocratiques utilisés	37
a) Le test du Freedom House.....	38
b) Le test Polity IV.....	42
c) Test de The Economist	46
d) Test d'Axel Hadenius	50
iv. L'utilisation de ces tests dans la recherche en science politique	55

V.	ANALYSE : L'IMPACT DES DISPOSITIONS DU CHAPITRE 11 SUR LA DÉMOCRATIE.....	59
A.	LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN VERTU DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA	61
	i. Champ d'application et définitions.....	61
	ii. Procédures relatives à un arbitrage sous le chapitre 11 de l'ALÉNA	64
	iii. Exécution des jugements	66
B.	LES DISPOSITIONS PROBLÉMATIQUES DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA : 1110, 1102-1103, 1105 ET 1106.....	68
	i. Les règles d'interprétation.....	68
	ii. Article 1110 : expropriation et indemnisation.....	71
	a) Interprétation jurisprudentielle	74
	1. <i>Pope & Talbot c. Canada</i>	75
	2. <i>S.D. Myers Inc. c. Canada</i>	79
	3. <i>Metalclad Corp. c. The United Mexican States</i>	80
	4. <i>Methanex Corporation c. The United States of America</i>	83
	b) Critiques des conclusions des tribunaux d'arbitrage.....	87
	c) L'état actuel du droit	89
	iii. Articles 1102 – 1103 : traitement national et traitement de la nation la plus favorisée. 91	
	a) L'analyse du caractère discriminatoire d'une mesure par le tribunal.....	94
	b) Interprétation jurisprudentielle	97
	1. <i>Premier courant : Les « circonstances analogues » comme exception à la discrimination</i>	97
	(i) <i>S.D. Myers Inc. c. Canada</i>	97
	(ii) <i>Pope & Talbot c. Canada</i>	100
	2. <i>Deuxième courant : les « circonstances analogues » comme conditions d'ouverture de l'article 1102</i>	103
	3. <i>État actuel du droit</i>	105
	iv. Article 1105 : norme minimale de traitement.....	108
	a) Interprétation du « traitement juste et équitable »	109
	b) L'évolution de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1105	111
	1. <i>L'approche du « plain meaning » : en faveur des investisseurs</i>	111
	(i) <i>Metalclad Corporation v. The United Mexican States</i>	111
	(ii) <i>S.D. Myers Inc. c. Canada</i>	116

(iii)	Pope & Talbot c. Canada.....	117
2.	<i>Tentative des Parties de réduire le champ d'application de l'article 1105</i>	119
3.	<i>La jurisprudence postérieure à la note d'interprétation</i>	121
(i)	Methanex Corporation c. The United States of America	121
(ii)	Mondev International LTD c. The United States of America	122
(iii)	ADF Group Inc. c. The United States of America	124
(iv)	The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America	126
v.	Article 1106 : prescriptions de résultats	129
C.	LES CRITÈRES DÉMOCRATIQUES PERTINENTS	133
i.	Les critères de la Cour suprême du Canada	134
ii.	Les critères du <i>Freedom House</i>	136
iii.	Les critères du <i>Polity IV</i>	137
iv.	Les critères de <i>The Economist</i>	138
v.	Les critères du test d'Axel Hadenius	139
vi.	Les critères qui ressortent des tests.....	140
D.	L'IMPACT DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA SUR LE POUVOIR DE LÉGIFÉRER	142
i.	Article 1110.....	144
ii.	Articles 1102-1103	151
iii.	Article 1105.....	154
iv.	Impacts directs sur la législation	159
a)	Ethyl Coporation c. Canada.....	159
b)	S.D. Myers Inc. c. Canada.....	160
v.	Poursuites pendantes qui atteignent le pouvoir de légiférer	162
E.	L'IMPACT DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT ...	164
i.	Article 1110.....	165
ii.	Articles 1102-1103	167
iii.	Article 1105.....	170
iv.	Une menace à l'intégrité du système juridique canadien	173
vi.	La constitutionnalité du chapitre 11 de l'ALÉNA.....	177
VI.	CONCLUSION	180
A.	LES CONCLUSIONS DE NOTRE ANALYSE.....	180

B.	L'ÉTAT DE LA SITUATION ACTUELLE.....	183
C.	LES SOLUTIONS À ENVISAGER	187
	Bibliographie	189
A.	Législation	189
i.	Législation canadienne	189
ii.	Législation étrangère	189
iii.	Accords et traités internationaux	189
B.	Doctrine	190
i.	Traités et monographies	190
ii.	Ouvrages collectifs	192
iii.	Articles de revue, études de recueil et rapports de recherches	195
C.	Publications gouvernementales	205
D.	Sites Internet	206
E.	Jurisprudence	207
i.	Décisions des tribunaux canadiens	207
ii.	Décisions des tribunaux américains	208
iii.	Sentences arbitrales internationales.....	208
F.	Procédures	210

Liste des sigles

AGETAC/GATT : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce/General Agreement on Tariffs and Trade

ALÉ /FTA : l'Accord de libre-échange canado-américain/Us-Canada Free Trade Agreement

AMI : Accord multilatéral sur les investissements

APIE : Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers

BIT : Bilateral Investment Treaty

CEE : Communauté économique européenne

CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

CSCW : Comprehensive Study of Civil War

CSP: Center for Systemic Peace

IDE/FDI : Investissement direct à l'étranger/Foreign Direct Investment

MTBE : méthyl tert-butyl éther

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

OMC : Organisation mondiale du commerce

PCB : polychlorobiphényles

PTP : partenariat transpacifique

ZLEA : Zone de libre-échange des Amériques

À ma mère

Remerciements

Je tiens à remercier Andrew Forest, sans qui ce mémoire n'aurait jamais vu le jour.

I. INTRODUCTION

La mondialisation, qui a entraîné une ouverture des marchés et une libéralisation des échanges commerciaux à travers le monde, a également contribué au développement de nouveaux outils juridiques pour encadrer les rapports entre les différents acteurs économiques. C'est ainsi que les accords économiques internationaux ont pris une place importante dans le développement des relations d'affaires transfrontalières.

L'*Accord de libre-échange nord-américain* (ci-après « ALÉNA »), constitue un des plus importants accords économiques internationaux à avoir été ratifié. Sa célébrité est due en partie à l'inclusion dans cet accord d'un chapitre innovateur qui a changé la façon de faire les accords de libre-échange et les traités bilatéraux sur les investissements. Le chapitre 11 de l'ALÉNA a soulevé plusieurs controverses depuis son entrée en vigueur, en raison des droits qu'il octroie aux entreprises étrangères de se pourvoir à l'encontre des États dans lesquels elles opèrent leurs activités commerciales, et ce, même lorsque lesdits États agissent dans l'intérêt public. Devant cet effritement de la souveraineté des États au profit d'entreprises privées aux intérêts principalement économiques, que reste-t-il de la démocratie?

C'est à cette question que cette recherche tente de répondre. Les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, qui offrent depuis 1994 plusieurs pouvoirs aux entreprises étrangères, ont-elles un impact sur la démocratie et sur ses principes sous-jacents, tel la primauté du droit? Avant de parvenir à une réponse claire et précise sur le sujet, il est essentiel de circonscrire tous les éléments pertinents à l'analyse de cette problématique,

en commençant par une mise en contexte et une présentation du sujet principal, soit le chapitre 11 de l'ALÉNA et son impact sur la santé de la démocratie des États qui y sont partis.

II. MISE EN CONTEXTE ET PRÉSENTATION DU SUJET

A. L'APPARITION DES ACCORDS SUR LES INVESTISSEMENTS

Dès les années 50, les investissements transfrontaliers se sont véritablement accrus¹. Cela s'est incarné par l'implantation d'usines de production dans les pays moins développés, notamment dans les secteurs manufacturiers, miniers et d'extraction et de production de pétrole². Ces investissements directs à l'étranger³ constituent les premières formes d'investissements qui ont mené à l'apparition d'un encadrement légal en la matière qui visait d'abord à sécuriser ces investissements.

En effet, pour les investisseurs, le fait de faire affaires à l'étranger peut s'avérer risqué, surtout dans les pays politiquement instables. Les investisseurs étrangers peuvent avoir à faire face à une certaine discrimination de la part des pays hôtes par rapport au

¹ Au sujet du développement des accords sur les investissements voir Kenneth J. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », (2005) 12:157 *University of California, Davis*, 157, en ligne : <<http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/Volume%2012.1/van5.pdf>> (site consulté le 18 octobre 2012) , p. 161-162 et 166. Selon l'auteur, voici le contexte qui a mené au développement d'un climat propice à la signature de plusieurs accords sur les investissements: «First, as a reaction to the severe economic depression that had preceded the war and that many believed had been exacerbated by the protectionist policies of the 1920s the victorious allies forged a consensus in favor of liberalizing trade. That consensus led in 1947 to the conclusion of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which shifted the primary legal framework for international trade relations from bilateral to multilateral agreements and set in motion successive rounds of negotiations aimed at worldwide trade liberalization. [...] The second major event shaping the international investment regime of the Post-Colonial Era was the process of decolonialization that began after the war and led to the creation of scores of newly independent but economically undeveloped countries».

² Howard MANN, *Private rights, public problems, A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*, International Institute for Sustainable Development and World Wildlife Fund, Winnipeg, 2001, p.5, en ligne: <http://www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide.pdf> (site consulté le 24 mai 2012)

³ De l'anglais : Foreign direct investment (FDI)

traitement qu'ils offrent à leurs entreprises locales. Afin de réduire les risques liés aux investissements étrangers provenant des pays développés, plusieurs avocats, diplomates et politiciens ont donc créé des traités bilatéraux d'investissements⁴ qui imposent certaines obligations en faveur des sociétés étrangères et qui prévoient un mode de règlement des différends entre les parties⁵.

La croissance des investissements directs à l'étranger durant la deuxième moitié du 20^e siècle⁶, et l'importance centrale qu'ils ont pris dans la pérennité économique des pays, ont poussé plusieurs États à ratifier des accords pour les encadrer⁷. Un climat de compétition s'est d'ailleurs instauré entre les États dans leur tentative d'attirer des investisseurs étrangers. Ainsi, il en a découlé une multiplication des accords économiques internationaux autant dans les pays en développement que dans les pays développés, non seulement afin de diminuer les risques pour les investisseurs, mais aussi afin de les amener à investir dans les endroits où leurs activités économiques seraient les mieux protégées⁸.

⁴ De l'anglais : Bilateral investment treaty (BIT)

⁵ H. MANN, préc., note 2, p. 6

⁶ En 1980, les investissements directs à l'étranger dans le monde étaient estimés à 40 milliards de dollars; en 1994 ce chiffre avait augmenté à 222 milliards et en 1995 à 315 milliards. En l'an 2000, ils étaient évalués à 1.3 billion de dollars. Susan D. FRANCK, « Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law », (2007) 19 *Global Business & Development Law Journal* 337, p. 338

⁷ Donald M. MCRAE, « Introduction », dans Laura RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights ? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002, p. 6 à 10; Andrew JACKSON et Matthew SANGER, *Dismantling Democracy: The Multilateral Agreement on Investment (MAI) and Its Impact*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives and James Lorimer & Company Ltd., 1998, p. 6; Jeswald W. SALACUSE, *The Treatification of International Investment Law*, (2007), 13 *L. & BUS. REV. AM.* 155, p. 157

⁸ En 1992, il y avait approximativement 700 accords économiques internationaux de ratifiés dans le monde, alors qu'en 1995 ce chiffre s'élevait à 900. En 2007, au moins 170 pays étaient partie à plus de 2100 accords de ce type. S. D. FRANCK, préc., note 6

Les accords économiques internationaux, aussi souvent appelés les traités bilatéraux sur les investissements, peuvent être décrits comme suit :

« instruments of international law by which states: (1) make commitments to other states with respect to the treatment they will accord to investors and investments from those other states, and (2) agree on some mechanism for the enforcement of those commitments. A fundamental purpose of investment treaties, as indicated by their titles, is to protect and promote investment. »⁹

Alors que les premiers accords économiques internationaux avaient comme but principal de protéger les investissements étrangers et d'attirer les investisseurs dans les États signataires, dans les années 1980 un nouvel objectif est ressorti de la signature de ces conventions : la libéralisation des investissements¹⁰. En effet, cette période de l'histoire marque la montée d'un nouveau courant idéologique dans les pays industrialisés. Le néolibéralisme est le nouvel adage qui marquera les décisions politiques et économiques de la majorité des dirigeants occidentaux¹¹.

Dans ce contexte, les investissements directs à l'étranger ont été perçus comme des moteurs économiques centraux pour la plupart des pays. Afin d'augmenter l'efficacité des marchés, il était donc primordial de lever toutes les barrières tarifaires et toutes les restrictions affectant les échanges internationaux. C'est ainsi que des dispositions ont été intégrées dans les accords économiques internationaux pour interdire

⁹ Jeswald W. SALACUSE, « The Emerging Global Regime for Investment », (2010) 51 no 2 *Harvard International Law Journal* 427, p. 427-428

¹⁰ H. MANN, préc., note 2, p. 6

¹¹ Les années 1980 marquent un tournant politique néolibéral dont les principaux précurseurs sont souvent identifiés comme étant les dirigeants américain et britannique de l'époque, soit Ronald Reagan et Margaret Thatcher. Le néolibéralisme se définit par : « a theory of political economic practices that proposes that human well-being can best be advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets, and free trade ». David HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, 2005, p. 1 et 2

de restreindre le type d'investissements qui pouvaient être acceptés dans les pays et pour mettre un terme aux différentes exigences de performance¹² généralement imposées par les pays hôtes aux investisseurs étrangers.

B. L'ALÉNA ET SON CHAPITRE 11

i. Un des plus importants accords économiques internationaux

C'est dans cette lignée qu'a été ratifié *l'Accord de libre-échange nord-américain*¹³, qui est entrée en vigueur en janvier 1994. Cette convention a permis de créer une vaste zone de libre-échange¹⁴ entre le Canada, le Mexique et les États-Unis, et avait comme objectif¹⁵ premier de faciliter le commerce entre ces trois pays en baissant les barrières tarifaires, en accroissant les investissements entre chacun des signataires et en assurant l'égalité de traitement des investisseurs provenant de chacun des pays dans le cadre de leurs investissements en sol étranger¹⁶.

Afin d'atteindre les objectifs que les signataires se sont fixés, ils ont intégré un chapitre portant sur les investissements étrangers et sur le règlement des conflits découlant de ceux-ci, soit le chapitre 11. Cette partie de l'accord, que nous aborderons en détails un peu plus loin¹⁷, a soulevé plusieurs controverses depuis son entrée en vigueur¹⁸

¹² H. MANN, préc., note 2, p. 6, Nous reviendrons plus loin sur les multiples obligations imposées par les accords commerciaux.

¹³ *L'Accord de libre-échange nord-américain intervenu entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États Mexicains Unis et le gouvernement des États-Unis*, 17 décembre 1992, 32 ILM 289, 605. L'ALÉNA est disponible en ligne au www.nafta-sec-alena.org, sous la rubrique «Textes légaux».

¹⁴ *Id.*, Article 101 « Établissement de la zone de libre-échange »

¹⁵ *Id.*, Article 102 « Objectifs »

¹⁶ ALÉNA AUJOURD'HUI.ORG, *Au sujet de l'ALÉNA*, en ligne, <http://www.alenaaujourd'hui.org/agreement/default_fr.asp> (site consulté le 10 avril 2012).

¹⁷ Voir la section de ce mémoire sur le chapitre 11, sections IV a) et b)

¹⁸ Plusieurs auteurs ont critiqué l'intégration du chapitre 11 dans l'ALÉNA. Voir notamment le livre de L. RITCHIE DAWSON, préc., note 7, voir les textes de J. Anthony VAN DUZER, « NAFTA Chapter 11 to

principalement en raison des pouvoirs qu'elle octroie aux entreprises étrangères pour poursuivre les gouvernements locaux qui entravent leurs activités économiques.

ii. L'ALÉNA : la nouvelle façon de faire

Les dispositions de l'ALÉNA sont devenues un véritable modèle pour les autres accords commerciaux qui ont depuis été ratifiés à travers le monde¹⁹. En effet, l'insertion d'un chapitre portant sur les investissements incluant des recours directs pour les entreprises contre les États, semblable au chapitre 11 de l'ALÉNA²⁰, s'est imposée comme la nouvelle façon de conclure les accords économiques internationaux²¹. Depuis

Date: The Progress of a Work in Progress », pages 47 à 97; Michael M. HART et William A. DYMOND, « NAFTA Chapter 11: Precedents, Principles and Prospects », pages 127 à 170; JC THOMAS, « Commentary : a practitioner's perspective », pages 98 à 128; Maureen APPEL MOLOT, « Nafta Chapter 11: an evolving regime », pages 175 à 200; Voir aussi le livre de Todd WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004, les textes de José E. ALVAREZ, « The ripples of NAFTA », p. XXVIII et de Jeffery ATIK, « Legitimacy, transparency and NGO participation in the NAFTA Chapter 11 process », p.135 et suivantes; Voir aussi Karim BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008; David SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization : Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; David SCHNEIDERMAN, « NAFTA'S Taking Rule : American Constitutionalism comes to Canada », (1996) 46 *U. Toronto L.J.* 499; Denis LEMIEUX et Sabine MEKKI, « La révision judiciaire des décisions en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA » (Canada c. SD Myers), (2004), 45 *Les Cahiers de Droit* 791, p. 804 et suivantes; Howard EPSTEIN, « NAFTA, other international agreements and local government jurisdiction : Comments on United Mexican States vs Metalclad Corp. », (2003) 34 *MPLR* (3d) 44; Mark A. LUTZ et C. Marc MILLER, « Globalization and Canadian Federalism : Implications of NAFTA's Investment Rules », (2002) 47 *McGill L.J.* 951, p. 975; Donald S. MACDONALD, « Chapter 11 of NAFTA : What are the implications for sovereignty? », (1998) 24 *CUSLJ* 281; voir également le texte de Geneviève DUFOUR, « Le chapitre 11 de l'ALÉNA : une menace pour la démocratie? », (2006) Actes du colloque enjeux et acteurs de la régulation dans une économie mondialisée, 74^e Congrès de l'ACFAS 181

¹⁹ Geneviève DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », (2012) 12-1 *Lex Electronica*, p. 12, en ligne : <www.lex-electronica.org/docs/articles_307.pdf> (site consulté le 4 octobre 2012) : « De plus, le chapitre 11 a des implications pour le Canada, les États-Unis et le Mexique, mais aussi au niveau mondial, entre autres, parce qu'il a servi de modèle pour la négociation de d'autres accords par la suite, notamment celui de la Zone de Libre-Échange des Amériques (la « ZLEA ») et l'Accord Multilatéral sur les Investissements (l'« AMI »). » Même si ces négociations ont échoué, plusieurs autres traités bilatéraux ont été signés par le Canada depuis, et plusieurs utilisent les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA comme modèle.

²⁰ Pour plus d'informations sur ce chapitre, voir entre autres : Philip B. DOUGLAS et Takemi UEONO, « A Practitioner's Guide to Chapter 11 of NAFTA », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *L'ALÉNA et l'avocat d'affaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 143 et suivantes.

²¹ Joseph CUMMING et Robert FROEHLICH, « NAFTA Chapter XI and Canada's Environmental Sovereignty: Investment Flows, Article 1110 and Alberta's Water Act », (2007) 65 *University of Toronto*

la ratification de cet important traité, les nouveaux accords bilatéraux signés par le Canada se sont multipliés²².

Par exemple, le Canada a ratifié en 2012 un accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (ci-après « APIE ») avec la Chine²³, qui se base sur le modèle de l'ALÉNA, et qui comporte des dispositions semblables au chapitre 11 de l'ALÉNA. La ratification de ce nouvel accord est d'ailleurs critiquée en raison de ses similitudes avec le chapitre de l'ALÉNA portant sur les investissements. Le lendemain de l'annonce publique du gouvernement canadien concernant cet accord, la chef du Parti vert du Canada et députée fédérale élue en Colombie-Britannique, Elizabeth May, a tenu une conférence de presse²⁴ pour alerter les citoyens quant au danger que représente cet APIE. Selon elle, les dispositions de cet accord sont semblables à celles du chapitre 11 de l'ALÉNA. Or, contrairement à ce dernier qui donne plusieurs pouvoirs à des entreprises privées à l'encontre du gouvernement canadien, ce nouvel accord octroie le même genre

Faculty of Law Review 107, par. 18; Christopher WILKIE, « The Origins of NAFTA Investment Provisions: Economic and Policy Considerations », dans L. RITCHIE-DAWSON (Dir.), préc., note 7, p. 15-16

²² Parmi ces nombreux traités, plusieurs prennent l'ALÉNA comme modèle. Pour une liste des accords voir J. Anthony VAN DUZER, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and *Amicus Curiae* Participation », (2007) 52 no 4 *McGill L.J.* 681, p. 683; Voir aussi le site du gouvernement du Canada, dans la section «accords et négociations» et à la sous-section «Accords de Libre-échange» en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra&view=d>> (site consulté le 8 octobre 2012); et voir aussi G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 12., La note de bas de page 70 contient des exemples d'accords bilatéraux contenant un chapitre modelé sur le chapitre 11 de l'ALÉNA, comme celui intervenu entre le Canada et le Chili, le Canada et le Pérou, etc.

²³ Voir sur le site Internet Affaires étrangères et Commercies international Canada, l'onglet « Négociations de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) Canada-Chine » dans la section « Négociations et accords », en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-chine.aspx?lang=fra&view=d#cn-cont>> (site consulté le 18 octobre 2012)

²⁴ Le vidéo de la conférence de presse est disponible sur le site Internet de Mme May, en ligne : <<http://elizabethmaymp.ca/canada-china-investment-agreement>> (site consulté le 18 octobre 2012)

de pouvoirs mais à des entreprises étatiques chinoises²⁵. « Cela revient à attribuer au gouvernement communiste de Chine un droit de veto sur les lois votées par le Parlement canadien »²⁶, affirme Mme May. Celle-ci a continué son combat contre l'accord en Chambre, où elle a fait valoir que « cet accord est lourd de conséquences pour la souveraineté, la sécurité et la démocratie du Canada [...] [et] qu'il s'agissait sans doute du traité commercial le plus important depuis l'ALENA »²⁷.

Également, le 5 août 2014, le Canada a conclu un accord économique et commercial global avec l'Union européenne. Encore une fois, ce nouveau traité contient des mesures de protection pour les investisseurs qui sont identiques à celles prévues par le chapitre 11 de l'ALENA²⁸. Ainsi, la section portant sur l'investissement dans cet accord canado-européen, est calqué sur le libellé des articles de ce chapitre²⁹. Les critiques affirment que les négociateurs canadiens répètent encore une fois les mêmes erreurs en intégrant dans cet accord des mesures de surprotection pour les investisseurs étrangers³⁰.

²⁵ PARTI VERT DU CANADA, *Tapis rouge pour la Chine*, 2012, en ligne : <<http://www.greenparty.ca/fr/media-release/2012-09-27/tapis-rouge-pour-la-chine>> (site consulté le 20 octobre 2012)

²⁶ *Id.*

²⁷ PARTI VERT DU CANADA, *May réclame un débat d'urgence sur l'accord d'investissement Canada-Chine*, 2012, en ligne : <<http://www.greenparty.ca/fr/media-release/2012-10-01/may-r-clame-un-d-bat-d-urgence-sur-l-accord-d-investissement-canada-chine>> (site consulté le 30 octobre 2012)

²⁸ Pour plus d'information sur cet accord voir le site du gouvernement du Canada : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/index.aspx?lang=fra>; Voir aussi Alexandre L. MALTAIS, *L'investissement dans l'Accord économique et commercial global Canada-Europe et ses conséquences pour le Québec*, Rapport de recherche de l'Institut de recherche en économie contemporaine, 2011, en ligne : <<http://www.tca.qc.ca/documents/pdf/irec/2011-09-BulletinIREC.pdf>> (site consulté le 20 octobre 2012),

p. 7

²⁹ *Id.*, p. 15

³⁰ Jürgen KURTZ, « A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment », (2002) 23 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 712, p. 739

Dans le même ordre d'idées, on note que bien que l'accord que le Canada a conclu avec l'Union européenne ne soit pas encore en vigueur, il demeure que l'Europe est devenue une importante source d'investissements directs à l'étranger pour le Canada³¹. D'ailleurs, il semble que l'augmentation des investissements au Canada provenant de l'Union européenne depuis l'an 2000 s'est fait presque dans la même proportionnalité que ceux provenant des États-Unis³². On pourrait donc en conclure que la présence du chapitre 11 de l'ALÉNA n'a pas eu comme conséquence d'augmenter les investissements provenant des États-Unis puisque ceux en provenance de l'Union européenne se sont également accrus, et ce, sans aucun traité liant les deux parties³³. Bref, une plus grande protection des investisseurs étrangers n'influe pas sur le nombre d'investissements.

L'ALÉNA a donc instauré les bases d'un nouvel ordre mondial en matière d'encadrement juridique des investissements étrangers. Pourtant, d'autres modèles que l'ALÉNA pourraient être utilisés pour ratifier les nouveaux accords de libre-échange. En effet, il existe des traités qui, à la fois, promeuvent l'investissement et assurent le respect de la souveraineté des États. Par exemple, l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa-Rica impose la norme du traitement national³⁴, mais prévoit aussi que les investisseurs

³¹ Il est en fait la deuxième source d'investissements étrangers directs après les États-Unis selon le site Internet du gouvernement du Canada. Voir la section sur l'Accord économique global avec l'Union économique européenne, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agracc/eu-ue/can-eu.aspx?lang=fra&view=d>> (site consulté le 18 octobre 2012)

³² G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 16

³³ *Id.*

³⁴ Cette norme, qui est présente dans le chapitre 11 de l'ALÉNA et que nous verrons plus en détails plus loin, impose aux États hôtes d'accorder aux investisseurs des autres parties à l'accord un traitement non moins favorable que celui qu'ils accordent, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs et

doivent se conformer à la législation nationale³⁵. L'obligation de respecter les mesures législatives en vigueur primera donc parfois sur celle d'accorder le traitement national, même si cela peut constituer une discrimination à l'égard des investisseurs étrangers³⁶.

En revanche, d'autres conventions qui ont été ratifiées entre des pays développés n'ont tout simplement pas inclus de telles dispositions relativement aux investissements étrangers. Par exemple, l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie³⁷ ne contient aucun chapitre semblable au chapitre 11 de l'ALÉNA. Pendant les négociations de cet accord, l'Australie a insisté pour qu'aucun mécanisme de règlement des conflits investisseurs-État n'y soit inclus³⁸. Le principal argument du gouvernement australien pour appuyer sa décision était que les deux parties à l'accord ont chacune un système juridique solide et développé pour régler les litiges entre les investisseurs étrangers et l'État hôte³⁹. Cela semble démontrer que le libre-échange entre deux pays développés peut très bien fonctionner sans de telles obligations.

aux investissements qu'ils effectuent, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'exploitation et la vente d'investissements.

³⁵ *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, 15 avril 1994, Article 13-03, en ligne, <http://www.sice.oas.org/trade/mexcr_s/> (site consulté le 20 octobre 2012) (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995)

³⁶ Rémi BACHAND, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe-t-il une alternative au modèle ALENA ?*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, 2001, en ligne : <<http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/GRIC-etude.pdf>> (site consulté le 12 octobre 2012), p. 3

³⁷ Pour plus d'information sur cet accord voir le site Internet du Department of Foreign Affairs and Trade du gouvernement australien, en ligne : <www.dfat.gov.au/fta/ausfta/index.html> (site consulté le 18 octobre 2012)

³⁸ Luke Eric PETERSON, *Investment Treaty Tribunal Looks Under the Umbrella*, Investment Law and Policy Weekly News Bulletin, Published by the International Institute for Sustainable Development, en ligne : <http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_investsd_feb16_2004.pdf> (site consulté le 15 octobre 2012), p. 5

³⁹ *Id.*, p. 5; William S. DODGE, « Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement », (2006) 39 no 1 *Van derbilt Journal of Transnational Law* 35

De plus, la multiplication des décisions des tribunaux d'arbitrage découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA a contribué à instaurer une certaine cohérence dans la jurisprudence et constitue ainsi un modèle d'interprétation pour les dispositions des traités bilatéraux sur les investissements⁴⁰.

iii. La controverse relative au chapitre 11

Tel que mentionné précédemment, les accords encadrant les investissements ne sont pas un concept nouveau dans le commerce international. Déjà dans les années 1950, on tenait à protéger les investissements directs à l'étranger en ratifiant des accords bilatéraux contenant des dispositions protégeant les investisseurs⁴¹. Or, quelque chose a certainement changé par rapport à leur utilisation, car ces conventions sont devenues de plus en plus l'objet de critiques de la part de plusieurs organisations dans le monde⁴².

Ainsi, la controverse majeure que le chapitre 11 de l'ALÉNA a soulevée tient au fait que ce traité permet aux investisseurs étrangers de poursuivre les États au sein desquels ils font affaire. Les entreprises peuvent donc tenter des poursuites en leur

⁴⁰ Meg KINNEAR et Robin HANSEN, « The Influence of Nafta Chapter 11 in The Bit Landscape », (2005) 12:101 *University of California, Davis* 101, p. 110, en ligne: <<http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/Volume%2012.1/kinnear1-27.pdf>> (site consulté le 12 octobre 2012); Jeswald W. SALACUSE, « The Emerging Global Regime for Investment », préc., note 9, p. 432

⁴¹ H. MANN, préc., note 2, p. 6; Asha KAUSHAL, « Revisiting History : How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime », (2009) 50 no 2 *Harvard International Law Journal* 491, 493-494 et 497 et suivantes.

⁴² Par exemple, plusieurs organisations canadiennes ont fait parvenir une lettre au premier ministre Stephen Harper en 2009 afin de profiter de l'élection de Barack Obama pour renégocier les termes de l'ALÉNA. Parmi ces organisations se trouvaient notamment le Canadian Environmental Law Association, le Canadian Federation of Students, le Canadian Labour Congress Ontario Region, le Canadian Union of Postal Workers, OXFAM Canada, etc. Le texte de cette lettre est disponible à l'adresse suivante : <http://www.cela.ca/sites/cela.ca/files/L-Harper-NAFTA.pdf>

nom, et ce, sans l'aide du gouvernement d'où ils proviennent⁴³. Ce chapitre a servi de fondement à une multiplication de poursuites à l'encontre des gouvernements canadien, américain et mexicain⁴⁴.

Pourtant, le chapitre 11 de l'ALÉNA n'est pas le premier document du même genre à être ratifié. Alors, pourquoi est-il le premier accord à être utilisé d'une telle façon et à être véritablement critiqué? L'auteur Todd Weiler, qui a étudié la question⁴⁵, affirme que les dispositions imposées par ce chapitre n'ont rien de révolutionnaire. Il existait, avant 1994, des traités offrant à des acteurs économiques privés des recours directs pour les litiges découlant des investissements à l'étranger. Or, ces droits n'étaient que rarement utilisés par quelques avocats spécialisés en arbitrage du commerce international dans les situations où les investissements étaient menacés en raison du climat politique instable de certains pays dans lesquels des investisseurs étrangers faisaient affaire et surtout parce que les investisseurs étrangers ne faisaient pas confiance au système juridique des pays en développement⁴⁶.

⁴³ ALÉNA, préc., note 13, Chapitre 11, partie B, article 1115, 1116 et 1117; Normalement, un investisseur privé qui voudrait prendre une action à l'encontre d'un gouvernement étranger devrait le faire via son propre gouvernement local, voir Daniel M. PRICE, « Investment, Sovereignty, and Justice: Arbitration Under NAFTA Chapter 11: Some Observations on Chapter Eleven of NAFTA », (2000) 23 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 421, p. 426

⁴⁴ Les poursuites intentées contre le gouvernement canadien sont disponibles sur le site www.dfait-maeci.gc.ca sous la rubrique «ALÉNA», dans «Règlement des différends», «ALÉNA – chapitre 11 – Investissement» et «Poursuites contre le Gouvernement du Canada». Celles intentées contre le Mexique et les États-Unis sont disponibles sur les sites Internet de chacun de leur gouvernement.

⁴⁵ Todd WEILER, « The Significance of NAFTA Chapter 11 for the Development of International Economic Law », dans T. WEILER (dir.), préc., note 18, p. 3

⁴⁶ *Id.*; Rémi BACHAND, *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, Quelles leçons en tirer?*, Montréal, Département de science politique, Université du Québec à Montréal, Octobre 2001, p. 16 : « Pour les investisseurs et les pays exportateurs de capitaux qui ne faisaient souvent pas confiance aux tribunaux internes des pays recevant leurs capitaux, l'objectif a toujours été d'internationaliser le différend, en utilisant le droit international (qu'ils ont, en grande partie, créé alors que la majorité des pays en développement n'étaient encore que des colonies et ne participaient donc pas à ce processus d'affirmation du droit) et des tribunaux arbitraux internationaux. Il s'agit donc de « dépolitiser » les différends, dans

Toutefois, le grand changement que le chapitre 11 de l'ALÉNA a engendré dans l'ordre juridique encadrant les investissements à l'étranger est le suivant : c'était la première fois que de telles dispositions étaient insérées dans un accord conclu entre deux pays démocratiques et développés⁴⁷. Dans les premières années suivant la ratification de l'ALÉNA, aucune poursuite contre les États signataires ne fut intentée. Bien que l'accord soit entré en vigueur en 1994, ce n'est qu'à partir de 1997 que le mécanisme de règlement de conflits a commencé à être utilisé par les investisseurs étrangers⁴⁸. Les avocats ayant à représenter les intérêts des investisseurs privés se sont vite rendus compte que les obligations contenues dans le chapitre 11 étaient autant applicables à la conduite des pays développés qu'à celle des pays en développement⁴⁹. Ainsi, ces dispositions ont été instrumentalisées d'une façon qui n'était probablement pas prévue par les signataires de l'ALÉNA lors de sa ratification.

l'optique idéologique que seul le marché doit influencer le commerce et, dans ce cas, le flux d'investissements, et que laisser les tribunaux nationaux (qu'on suppose partiels et subordonnés aux pouvoirs exécutif et législatif qui ont pris ces décisions envers les étrangers) juger les conflits entre les investisseurs étrangers et l'État, c'est permettre à l'État d'intervenir injustement dans l'économie. »

⁴⁷ Joseph A. MCKINNEY, *Created from NAFTA : The Structure, Function and Significance of the Treaty's Related Institutions*, New York, ME SHARPE Ed., 2000, p. 224; Dennis BROWNE, « Origins Commentary », dans L. RITCHIE-DAWSON (dir.), préc., note 7, p. 39; A. VAN DUZER, « NAFTA Chapter 11 to Date : The Progress of a Work in Progress », préc., note 17, p. 47-48; Barry APPLETON, « Deliberations on the NAFTA Decade: Confronting Facts and Fiction in Light of Recent NAFTA Decisions », dans Alan S. ALEXANDROFF, *Investor Protection in the NAFTA and Beyond: Private Interest and Public Purpose*, Ottawa, Renouf Publishing Company Limited, 2006, p. 27, 28, 30

⁴⁸ A. VAN DUZER, « NAFTA Chapter 11 to Date : The Progress of a Work in Progress », préc., note 17, p. 56

⁴⁹ T. WEILER, « The Significance of NAFTA Chapter 11 for the Development of International Economic Law », préc., note 45, p. 3

III. EXPOSÉ DE LA RECHERCHE

A. LA QUESTION DE RECHERCHE : L'IMPACT DU CHAPITRE 11 SUR LA DÉMOCRATIE

Comme nous le verrons plus en profondeur un peu plus loin dans notre analyse, le chapitre 11 de l'ALÉNA a été vivement critiqué. Les obligations qu'il impose aux États hôtes par rapport au traitement que ces derniers doivent offrir aux investisseurs étrangers font peser un lourd fardeau sur les gouvernements locaux. En effet, les dispositions contenues dans ce chapitre protègent les droits économiques des sociétés étrangères contre les décisions étatiques qui pourraient leur nuire. Le chapitre 11 prévoit donc des recours pour ces sociétés lorsque leurs droits sont affectés par l'État et il permet même de leur accorder des compensations financières dans les cas où leurs intérêts économiques seraient touchés, et ce, même si le gouvernement légifère en fonction de l'intérêt de la population. Ces dispositions opèrent donc au détriment des entreprises locales et des citoyens, pour lesquels aucune protection n'est prévue dans l'ALÉNA pour contrer cette inégalité de traitement⁵⁰.

En plus de créer un traitement nettement favorable pour les sociétés étrangères, le réel problème, qui sera d'ailleurs le point central de notre analyse, est que les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA priorisent les droits économiques de ces entreprises étrangères au détriment du processus démocratique interne des pays dans lesquels elles font affaire. Même si la Charte canadienne ne protège pas les droits économiques, les lois qui sont votées dans l'intérêt de la population et qui constituent des décisions prises par

⁵⁰ J. E. ALVAREZ, « The ripples of NAFTA », préc, note 18, p. xxviii, xxxiv et xxxv; J. ATIK, préc., note 18, p. 135-137; D. BROWNE, préc., note 47, p. 42; D. LEMIEUX et S. MEKKI, préc., note 18, p. 815

un gouvernement démocratiquement élu, peuvent être contestées par les investisseurs étrangers en vertu des dispositions du chapitre 11. Bien entendu, les droits octroyés par ce chapitre ne permettent pas aux entreprises de contrecarrer automatiquement les projets de loi des gouvernements locaux. Cependant, ils leur donnent l'opportunité d'obtenir d'importantes compensations financières dans les cas où leurs intérêts sont affectés, ce qui aura nécessairement comme effet de décourager les activités législatives pouvant mener à des contestations⁵¹.

Nous soutiendrons dans ce mémoire que les obligations imposées aux États par le chapitre 11 de l'ALÉNA, ainsi que les droits et les recours qu'il octroie aux sociétés étrangères, ont un impact négatif sur la démocratie et portent atteinte à l'un de ses principes sous-jacents, soit la primauté du droit, lequel sera envisagé du point de vue de l'ordre interne. Les mécanismes qu'il met à la disposition des entreprises étrangères créent une pression indue sur le système démocratique. La menace de devoir payer des millions de dollars en compensation à des sociétés étrangères peut avoir un impact important sur le pouvoir de réglementation des États signataires⁵².

⁵¹ Pour des exemples de cas où le gouvernement canadien a retiré certaines dispositions législatives suite à des pressions de la part d'entreprises étrangères basées sur la menace d'une violation au chapitre 11 de l'ALÉNA voir les décisions *Ethyl Corporation c. Canada*, Preliminary Tribunal Award on jurisdiction, 24 juin 1998 et *S.D. Myers Inc. c. Canada*, First Partial Award, arbitral tribunal, 13 novembre 2000; pour un exposé sur le sujet voir aussi D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization : Investment Rules and Democracy's Promise*, préc., note 18; J. A. MCKINNEY, préc., note 47, p. 227 à 231

⁵² J. ATIK, préc., note 18, p.138, p.141-142 et p.150; J. E. ALVAREZ, « The ripples of NAFTA », préc., note 1811, p. xxiii; et M. APPEL MOLOT, préc., note 18, p.176-177; D. SCHWANEN, « Commentary », dans L. RITCHIE-DAWSON (dir.), préc., note 7, p. 46 ; Barry APPLETON, *Navigating NAFTA : a concise user's guide to the North American Free Trade Agreement*, Scarborough, Ontario, Carswell Thomson Professional Publishing, 1994, p. 4-5 et p. 79

B. IMPORTANCE DE LA QUESTION DE RECHERCHE

Dans cette recherche, nous ne remettons pas en question l'utilité de *l'Accord de libre-échange nord-américain*. Ce mémoire ne se veut pas non plus une critique contre la libéralisation des marchés ou contre l'ensemble des principes qui sous-tendent la mondialisation. Bien que le libre-échange et l'ouverture des marchés soient critiquables sous plusieurs angles, certaines conséquences positives en ont découlé, notamment le développement de plusieurs pays⁵³. Or, nous sommes d'avis que les échanges commerciaux entre les partenaires de l'ALÉNA seraient tout aussi possibles sans les dispositions du chapitre 11. D'ailleurs, il ne semble pas exister un lien causal entre l'inclusion de ce type de dispositions dans les accords internationaux et l'accroissement des investissements directs à l'étranger⁵⁴.

En effet, le chapitre 11 n'était pas inclus dans l'accord qui précédait l'ALÉNA, soit l'Accord de libre-échange canado-américain (ALÉ)⁵⁵ conclu en 1988⁵⁶. Un chapitre⁵⁷

⁵³ Une des principales critiques attribuées à la mondialisation est l'écart grandissant qu'elle crée entre les riches et les pauvres. Pour une analyse critique de la mondialisation voir Joseph E. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents*, New York, Norton & Company Inc, 2002

⁵⁴ Pour plus de détails à ce sujet voir Geneviève DUFOUR et Hélène TRUDEAU, « L'État a-t-il encore toute la marge de manœuvre qu'il devrait avoir? L'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur le droit québécois de l'environnement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement 2012*, volume 352, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 225 à 227 : « Le Canada lui-même reçoit un montant important d'investissements étrangers en provenance de certaines juridictions (notamment la Communauté Économique Européenne ou « CEE », deuxième plus grand investisseur dans notre pays) en l'absence de tout traité contenant des dispositions équivalentes au chapitre 11 de l'ALÉNA. »; p. 225; G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 16 à 20; A. KAUSHAL, préc., note 41, p. 508-509

⁵⁵ De l'anglais : Us-Canada Free Trade Agreement (FTA)

⁵⁶ J. ATIK, préc., note 18, p. 139, B. Appleton, préc., note 52, p. 4-5 et p. 79; D. BROWNE, préc., note 47, p. 39 à 41; C. WILKIE, préc. note 21, p. 15 et 28; P. B. DOUGLAS et T. UEONO, préc., note 20, p. 143-144

⁵⁷ Le chapitre 16 de l'ALE. Pour le texte complet de l'accord voir le site « Affaires étrangères et Commerce international Canada », dans la section « Accords de Libre-échange », en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/cusfta-f.pdf>> (site

de ce traité portait sur les investissements, mais celui-ci ne prévoyait pas de procédure spéciale pour régler les différends entre les investisseurs et les États hôtes. À l'époque de l'ALÉ, les litiges concernant les investissements se réglaient entre les États. Ainsi, les gouvernements de chacun des pays représentaient leurs investisseurs et étaient les seuls à intenter des poursuites contre les États dans lesquels leurs sociétés faisaient affaire⁵⁸.

De plus, une autre pratique qui a changé sous l'empire de l'ALÉNA, comparativement à ce qui était prévu sous l'ALÉ, est la possibilité qu'un tribunal spécial, dont l'existence est prévue dans l'accord, puisse obliger un État à payer une compensation à un investisseur étranger dont les intérêts économiques auraient été affectés par une mesure gouvernementale prise dans l'intérêt du public. Dans le cadre de l'ALÉ, ces pratiques n'étaient pas acceptées par les États. Les compensations offertes aux investisseurs étaient établies par les règles de droit et les tribunaux locaux⁵⁹.

Alors pourquoi avoir accru les obligations des États envers les investisseurs étrangers et avoir octroyé des droits aux sociétés contre les mesures gouvernementales les affectant dans le nouvel accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis? C'est l'inclusion d'un nouveau partenaire commercial, le Mexique, qui a entraîné l'ajout de telles dispositions. Lors de la ratification de l'ALÉNA, le gouvernement américain désirait étendre ses investissements à l'étranger vers le Mexique. Pour ce faire, il devait d'abord s'assurer que ses investisseurs seraient protégés. Ce pays ne présentait pas, à

consulté le 15 septembre 2012); Voir également à ce sujet J. ATIK, préc., note 18, p. 139; C. WILKIE, préc. note 21, p. 16

⁵⁸Voir à ce sujet C. WILKIE, préc. note 21, p. 27; A. KAUSHAL, préc., note 41, p. 499

⁵⁹ C. WILKIE, préc. note 21, p. 28

l'époque, une structure jugée assez stable ni transparente pour les sociétés étrangères⁶⁰. Malgré le fait que les lois mexicaines étaient en transition et offraient de meilleures conditions pour les investissements étrangers, les États-Unis tenaient à accroître la protection de ses investisseurs⁶¹. Le système juridique du Mexique avait la réputation de juger en faveur de l'État mexicain dans les poursuites contre des investisseurs étrangers⁶².

L'objectif d'augmenter les investissements directs au Mexique était promu par le Canada⁶³. Or, celui-ci ne partageait pas la vision des États-Unis quant à l'importance d'inclure un chapitre sur les investissements. Si le Canada a accepté d'intégrer le chapitre 11 à l'accord de libre-échange, c'est parce qu'il n'anticipait pas que ses dispositions seraient utilisées de la façon qu'elles l'ont été et qu'il tenait absolument à être partie à ce traité⁶⁴.

Quant au Mexique, son objectif d'ouvrir ses marchés aux investissements étrangers dépassait grandement les effets négatifs qui pourraient découler des obligations imposées par le chapitre 11. Le pays ayant subi une sévère crise de sa dette dans les

⁶⁰ J. A. MCKINNEY, préc., note 47, p. 224; Jorge Luis RAMOS URIARTE, «Foreign Investment in Mexico Under NAFTA », dans Seymour J. RUBIN et Dean C. ALEXANDER (dir.), *Nafta and Investment*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, p. 85, p. 98-99 et p. 108; A. VAN DUZER, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and *Amicus Curiae* Participation », préc., note 22, p. 48.

⁶¹ H. MANN, préc., note 2, p. 7.; M. APPEL MOLOT, préc., note 18, p. 178-179; J. A. MCKINNEY, préc., note 47, p. 224

⁶² Samrat GANGULY, «The Investor-State dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health» (1999) 38 *Colum. J. Transnat'l L.* 113, p. 113 à 125

⁶³ H. MANN, préc., note 2, p. 7

⁶⁴ Paul MEYER, Elliot J. FELDMAN et John A. TERRY, « North American Dispute Resolution », *Proceedings of the Canada/United-States Law Institute Conference on an Exemple of Cooperation and Common Cause : enhancing Canada and United States Prosperity through the Great Lakes and North American Trade*, (2010) 34 *Can. – U.S. L.J.* 399, p. 418

années 1980⁶⁵, l'acceptation de l'inclusion de ces dispositions constituait pour lui une façon de démontrer son ouverture aux investissements étrangers et de rassurer les investisseurs que le marché mexicain était un nouvel endroit sécuritaire pour faire affaire⁶⁶.

C'est donc pour ces nombreuses raisons que le chapitre 11 fut intégré au nouvel *Accord de libre-échange nord-américain* et que le Canada et les États-Unis ont inclus certaines dispositions plus restrictives en matière d'investissements et de règlement des conflits afin de permettre une inclusion sécuritaire du Mexique dans leur vaste zone de libre-échange. Les politiciens et les diplomates ayant ratifié le traité à cette époque n'avaient probablement pas prévu que les mesures qu'ils avaient mises en place pour contrer l'instabilité politique et juridique d'un pays en développement comme le Mexique seraient employées à l'encontre de leurs propres institutions.

C. LES FONDEMENTS DE NOTRE RECHERCHE

Afin d'analyser l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la démocratie, il est essentiel en premier lieu de se référer aux études critiques qui ont déjà été faites sur ce sujet précisément. Certains auteurs⁶⁷ se sont penchés sur les décisions qui ont été rendues

⁶⁵ Daniel YERGIN et Joseph STANISLAW, *The Commanding Heights: The Battle for the World Economy*, New York, Simon & Schuster, 2002, p. 112, 260 à 262

⁶⁶ Edgar ORTIZ, «NAFTA and Foreign Investment in Mexico» dans Alan M. RUGMAN (dir.), *Foreign Investment and NAFTA*, Columbia, University of South Carolina Press, 1994, p. 159 : «It is believed that NAFTA will induce major investment in Mexico and large exports to the U.S. (and Canadian) markets, leading to an important efficiency and employment gains, increased exports, rapid growth, and increased welfare.»; Voir aussi H. MANN, préc., note 2, p. 7; C. WILKIE, préc., note 21, p. 28

⁶⁷ Pour une analyse globale des décisions relatives au chapitre 11 de l'ALÉNA voir entre autres le livre de L. RITCHIE-DAWSON, préc., note 7; Voir aussi le livre de Todd WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004; voir le texte de G. DUFOUR, « Le chapitre 11 de l'ALÉNA : une menace pour la

dans le cadre du règlement des différends portant sur les investissements. Ces études sont utiles notamment en ce qu'elles identifient quelles sont les dispositions les plus problématiques de l'accord et la façon dont celles-ci ont été interprétées par les tribunaux, soit le plus souvent au détriment des gouvernements locaux⁶⁸. Ces travaux nous aident principalement à circonscrire notre sujet de recherche et à en présenter les éléments les plus importants aux lecteurs.

Le corps de notre analyse portera évidemment sur le texte légal de l'ALÉNA, et plus précisément sur les dispositions du chapitre 11, ainsi que sur les décisions des tribunaux d'arbitrage ayant appliqué ces dispositions. De plus, afin d'analyser l'impact de ce chapitre sur la démocratie, nous utiliserons différents tests mis en place par des chercheurs étudiant la gouvernance politique et l'évolution de la démocratie à travers le monde⁶⁹. Ces tests nous permettront d'établir des critères concrets sur lesquels se baser pour circonscrire une définition de la démocratie et nous permettront de construire une grille d'analyse méthodologique afin d'étudier les décisions découlant des différends liés

démocratie? », préc., note 19 et pour une étude des décisions comportant une classification des poursuites et démontrant ce que les pays ont payé en compensation, voir G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19; Mary BOTTARI et Lori WALLACH, « NAFTA'S Threat to Sovereignty and Democracy: The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005 », Lessons for the Central America Free Trade Agreement, Public Citizen, Février 2005, en ligne : <<http://www.citizen.org/documents/Chapter-11-Report-Final.pdf>> (site consulté le 3 octobre 2012)

⁶⁸ À la lumière des décisions découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA depuis sa ratification, il semble que les dispositions de ce chapitre sont interprétées d'une façon qui n'était probablement pas prévue par ses négociateurs. Voir à ce sujet J.A. MCKINNEY, préc. note 47, p. 230-231; J. ATIK, préc., note 18, p. 136 et 147; Comme nous l'analyserons plus en détails un peu plus loin, la majorité des poursuites basées sur une disposition du chapitre 11 de l'ALÉNA reposent sur l'atteinte d'un ou de plusieurs des articles suivants : Article 1102 : Traitement national, 1103 : Traitement de la nation la plus favorisée, 1104 : Norme de traitement, 1105 : Norme minimale de traitement, 1106 : Prescription de résultats, 1110 : Expropriation et indemnisation.

⁶⁹ Ces tests seront étudiés à la section portant sur la démocratie.

au chapitre 11 de l'ALÉNA. Ainsi, nous pourrons évaluer si les jugements qui ont été rendus portent atteinte aux critères définissant la démocratie. Cette méthode nous permettra de conclure si les mécanismes mis en place par les dispositions de ce chapitre ont un impact sur le système démocratique canadien.

D. LES LIMITES DE NOTRE RECHERCHE

Cette recherche constitue une présentation générale de la controverse concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA, ainsi qu'une étude plus précise de l'impact de ce chapitre sur la démocratie. La partie de l'accord qui sera principalement étudiée est, bien entendu, celle qui porte sur les dispositions les plus critiquées et sur la base desquelles les poursuites sont principalement entreprises⁷⁰.

Les tests politiques qui seront utilisés pour établir les critères définissant la démocratie ont été choisis principalement en raison de leur prise en compte d'un grand nombre d'éléments que nous croyons essentiels, et aussi pour leur analyse substantive des systèmes démocratiques selon leur véritable efficacité⁷¹.

Il est primordial de mentionner que cette recherche est effectuée d'un point de vue canadien et qu'elle portera donc sur les poursuites qui ont été intentées contre le gouvernement du Canada. Les décisions découlant des litiges à l'encontre des gouvernements mexicains et américains pourront être évoquées pour appuyer notre

⁷⁰ Nous étudierons principalement les obligations imposées aux États par rapport aux investissements étrangers et les dispositions concernant le règlement des différends. Voir la partie sur le chapitre 11 et l'analyse des décisions des tribunaux.

⁷¹ Comme nous le verrons plus loin, certains critères peuvent décrire une démocratie formelle, alors que dans les faits les institutions en place ne sont pas vraiment effectives.

argumentaire, mais l'analyse de l'impact sur la démocratie sera centrée sur l'effet du chapitre 11 de l'ALÉNA sur le système canadien. Bien que les dispositions de ce chapitre aient certainement des conséquences sur le cadre démocratique du Mexique et des États-Unis, une analyse de ces États devrait probablement être faite d'un point de vue différent.

E. STRUCTURE DU MÉMORE

Pour faire suite à cette brève mise en contexte, nous entrerons dans l'analyse principale de notre étude. D'abord, il est primordial de circonscrire les concepts sur lesquels se base notre recherche. Ainsi, nous définirons ce que nous entendons par « démocratie » et les critères essentiels à son fonctionnement, et plus particulièrement, la primauté du droit.

Ensuite, nous présenterons de façon plus approfondie les tests utilisés aux fins de notre recherche pour mesurer le fonctionnement démocratique d'un pays et pour pouvoir évaluer comment le chapitre 11 porte atteinte au système démocratique canadien. Nous expliquerons d'ailleurs le choix de chaque test, les critères qu'ils contiennent et leur mode de fonctionnement.

Par ailleurs, il sera essentiel de définir précisément en quoi consiste le chapitre 11 de l'ALÉNA, le fonctionnement de son système de règlement des différends, ainsi que les obligations qu'il prévoit et qui seront l'objet de notre analyse. Par la suite, nous pourrons entrer dans le corps de cette étude en décortiquant les décisions concernant les litiges relatifs au chapitre 11 de l'ALÉNA afin de déterminer comment les tribunaux de

l'ALÉNA ont interprété et appliqué les dispositions de ce chapitre jusqu'à maintenant. Finalement, à l'aide des critères ressortis des tests politiques, nous tenterons d'évaluer si le libellé de chaque article et l'interprétation qu'en font les tribunaux portent atteinte à la démocratie et à son principe sous-jacent, la primauté du droit.

IV. LA DÉMOCRATIE

A. LE CONCEPT DE LA DÉMOCRATIE

Notre recherche tente d'évaluer les conséquences du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la démocratie. Ainsi, il est essentiel, avant d'analyser plus en détails les décisions des tribunaux d'arbitrage⁷² mis en place pour régler les litiges découlant des dispositions de l'ALÉNA, de définir le concept de démocratie et de circonscrire la méthodologie que nous utiliserons pour mesurer l'influence qu'a cet accord sur le fonctionnement démocratique des instances gouvernementales.

La démocratie, telle que nous la connaissons aujourd'hui, prend ses racines dans la Grèce antique entre le V^e et le IV^e siècle av. J.-C. Ce concept philosophique et politique a été introduit par les Grecs afin de permettre aux citoyens de participer aux décisions concernant la Cité⁷³. Au cours des siècles, les différents systèmes politiques à travers le monde ont développé diverses façons d'exercer la démocratie. En Europe, au

⁷² Les articles 1115 à 1138 de l'ALÉNA prévoient l'arbitrage des litiges découlant des obligations insérées au chapitre 11. Le texte de l'ALÉNA est disponible en ligne : <<http://www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?conID=590>> (site consulté le 12 septembre 2012). Les décisions concernant les poursuites intentées contre le gouvernement canadien sont disponibles sur le site Internet du Ministère des affaires étrangères et du commerce international, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/gov.aspx?lang=fr&view=d>> (site consulté le 14 septembre 2012)

⁷³ ENCYCLOPÉDIE LAROUSSE, «Démocratie», Article du dictionnaire Larousse, en ligne : <<http://www.larousse.fr/encyclopedie/nom-commun-nom/d%C3%A9mocratie/41420>> (site consulté le 1er mars 2012)

17^e siècle, la démocratie se met en place de façon plus officielle en Angleterre à la suite de révolutions voulant contrer l'absolutisme royal⁷⁴. La France suivra un peu plus tard, lors de la révolution de 1789, et adoptera sa Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Les démocraties modernes reposent sur des États de droits et sont fondées sur le principe que les individus naissent libres et égaux devant la loi. Plusieurs philosophes du siècle des Lumières⁷⁵, notamment Locke⁷⁶, Montesquieu⁷⁷ et Rousseau⁷⁸, ont théorisé ces principes. Le célèbre contrat social, proposé par Rousseau, défend l'idée que la démocratie doit s'exercer de façon directe par la volonté générale du peuple⁷⁹. Cette conception utopique de la démocratie, bien que tout à fait légitime sur le plan théorique,

⁷⁴ ENCYCLOPÉDIE LAROUSSE, «Première révolution d'Angleterre (1642-1649)», Article du dictionnaire Larousse, en ligne :

http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/r%E9volution_dAngleterre/140729. Le premier texte garantissant une certaine protection des libertés individuelles en Angleterre est la Magna Carta (1215). *Magna Carta*, 9 Hen. III. Voir à ce sujet Alexandre MORIN, *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux, commentaires et documents*, Lexis Nexis, 2008, p. 343 et suivantes. Or, c'est seulement au 17^e siècle, que seront adoptés les premiers documents officiels défendant les libertés démocratiques des Anglais, soit l'*Habeas Corpus Act*, 1679, 31 Car. II, c. 2 et le *Bill of Rights* de 1689 (*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown* (1 Will. & Mar. sess. 2 c. 2)). Voir ENCYCLOPÉDIE LAROUSSE, «Première révolution d'Angleterre (1642-1649)», Article du dictionnaire Larousse, en ligne : http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/r%E9volution_dAngleterre/140729 (site consulté le 2 mars 2012)

⁷⁵ Le 18^e siècle a été défini comme le siècle des Lumières en raison de l'ébullition intellectuelle qu'il a connu autant au niveau scientifique, que philosophique, politique et social. L'idéologie de cette époque est fondée sur la raison, un concept mis de l'avant par les travaux de Kant, et par un désir de liberté et de changements. Voir à ce sujet Josiane BOULAD-AYOUB, « Le XVIII^e siècle : siècle des Lumières », Département de philosophie UQAM, en ligne : <http://www.phi2080.uqam.ca/book/export/html/22> (site consulté le 5 mars 2012)

⁷⁶ John LOCKE, *The Two Treatises of Civil Government*, Hollis ed., 1689

⁷⁷ Charles DE SECONDAT MONTESQUIEU (baron de), *De l'esprit des loix*, 2 vol. in-4, Genève, Chez Barrillot & Fils, 1748

⁷⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), éd. par Flammarion, Paris, 1992

⁷⁹ *Id.*

ne sera pas appliquée par les démocraties modernes qui choisiront, pour la plupart, un système de démocratie représentative.

La démocratie représentative est le système utilisé dans la majorité des démocraties occidentales actuellement et c'est sur celui-ci que portera notre étude. Ces régimes démocratiques reposent sur certains critères qui sont inhérents à leur bon fonctionnement. D'abord, ces sociétés doivent être fondées sur un État de droit reposant sur une Constitution qui protège les libertés fondamentales, comme la liberté d'expression, de religion, de presse, d'association, etc. Cette protection assure une égalité des droits et une égalité des chances à tous les citoyens, des éléments essentiels à la démocratie⁸⁰. La séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est également un critère essentiel afin de garantir un fonctionnement démocratique des instances gouvernementales. Le suffrage universel et les consultations électorales représentent aussi des mesures mises en place afin d'assurer que les volontés du peuple soient prises en compte. Dans les démocraties libérales, les consultations populaires sont également soumises à plusieurs procédures afin d'assurer que celles-ci soient libres et démocratiques. Enfin, la reconnaissance d'un pluralisme au niveau des partis et des opinions partagées par le public est également un signe de la vitalité démocratique d'un État⁸¹.

⁸⁰ L'importance du principe d'égalité des chances et de l'égalité devant la loi dans une société démocratique a été conceptualisée par Alexis DE TOCQUEVILLE au 19^e siècle dans son œuvre *De la démocratie en Amérique I* (1835), Collection: Bibliothèque de la Pléiade (tome I: pp. 1 à 506), éd. par Les Éditions Gallimard, Paris, 1992., et Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II* (1840), Collection: Bibliothèque de la Pléiade (tome I: pp. 507 à 1193, éd. par Les Éditions Gallimard, Paris, 1992

⁸¹ Critères basés sur la définition de la démocratie donnée par ENCYCLOPÉDIE LAROUSSE, préc., note 73

Le bon fonctionnement des démocraties représentatives dépend de l'efficience des institutions gouvernementales. Bien entendu, contrairement à la démocratie directe proposée par Rousseau, la démocratie représentative ne peut tenir compte de la volonté des citoyens dans son entièreté. Les représentants élus doivent faire de leur mieux pour tenter de gouverner en fonction du mandat que les citoyens leur ont donné. Or, afin d'y parvenir, leur travail ne doit pas être entravé par des pressions externes qui pourraient nuire à leur volonté d'adopter des lois dans l'intérêt du public.

B. COMMENT LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA PORTE-IL ATTEINTE À LA DÉMOCRATIE ET À LA PRIMAUTÉ DU DROIT?

Les obligations contenues au chapitre 11 de l'ALÉNA, et qui sont imposées aux gouvernements signataires, pourraient constituer une entrave à l'exercice de la démocratie et à la primauté du droit, et ce, sur plusieurs plans.

D'abord, ces dispositions portent atteinte à la primauté du droit, un concept que la Cour Suprême du Canada a déclaré indissociable de la démocratie dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁸². Selon les juges de la plus haute Cour du pays, les institutions démocratiques pour être légitimes doivent reposer sur des fondations juridiques⁸³. « Cela signifie qu'elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l'intermédiaire d'institutions publiques créées en vertu de la Constitution »⁸⁴.

⁸² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S 217

⁸³ *Id.*, para. 67

⁸⁴ *Id.*

Le principe de la primauté du droit est constitutionnalisé au Canada par son insertion dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸⁵. Selon l’auteur Dicey⁸⁶, ce principe implique que tous les citoyens, et tous les autres acteurs économiques, sociaux ou politiques, sont égaux devant la loi⁸⁷. La Cour suprême a également réitéré le caractère fondamental de ce principe dans le fonctionnement du système juridique canadien dans l’affaire *Manitoba Language Rights*, et en a ressorti les principaux critères, soit : « *[t]here is... one law for all” and that there must be an actual system of positive laws, the elements set out in the Manitoba Language Reference; and that “the relationship between the state and the individual must be regulated by law, that is, that the exercise of government power must be grounded in law ».*⁸⁸

Ainsi, en protégeant les intérêts économiques des compagnies étrangères, malgré le fait que leurs activités ne respectent pas une disposition du droit interne canadien, le chapitre 11 de l’ALÉNA va complètement à l’encontre du concept d’égalité de traitement devant la loi. En plus de protéger les droits des investisseurs étrangers de façon nettement inégalitaire, cet accord prévoit également des tribunaux spécialement conçus pour régler

⁸⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, (R.-U.)

⁸⁶ Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885

⁸⁷ Comme le mentionne le professeur Stéphane Beaulac, la primauté du droit peut être déterminée selon trois points de vue: «First, the expression means ‘the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power’. The second prong of Dicey’s rule of law means ‘equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the law administered by the ordinary law courts’. Third, according to Dicey, the rule of law entails that ‘the laws of the constitution are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the courts’. » Citation de Dicey reprise dans Stéphane BEAULAC, «The Rule of Law in International Law Today », dans G. Palombella & N. Walker (dir.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p.197 à 223.

⁸⁸ *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, para. 59-60; La Cour Suprême réitère ce principe dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 82, para. 71

les conflits qui découlent de l'application de ces dispositions⁸⁹. De cette façon, les compagnies locales sont nettement désavantagées par rapport aux investisseurs étrangers, car elles doivent se plier à la loi canadienne, comme le reste des citoyens d'ailleurs. Le traitement devant la loi n'est donc plus égal pour tous.

En effet, même si l'État légifère en fonction de l'intérêt public et en respectant sa Constitution, les entreprises étrangères peuvent invoquer les dispositions du chapitre 11 pour tenter une poursuite contre le gouvernement qui devra ainsi payer d'importantes compensations. En plus d'offrir la possibilité aux entreprises étrangères de contester des lois et des règlements votés par la législation canadienne, ce chapitre va même jusqu'à permettre à ces investisseurs de remettre en question des jugements rendus par les tribunaux canadiens⁹⁰.

Dans *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. United States of America*⁹¹, le tribunal arbitral a conclu qu'il avait juridiction pour vérifier si la décision d'une Cour de l'État du Mississippi contrevenait au chapitre 11 de l'ALÉNA, puisqu'une telle décision constituait une « action gouvernementale » tombant sous le couvert de ce chapitre. Il en est de même dans la décision *Mondev International Ltd. c. The United*

⁸⁹ ALÉNA, préc., note 13, Section B : articles 1115 à 1138, articles prévoyant l'arbitrage, C. WILKIE, préc. note 21, p. 27 et suivantes.

⁹⁰ J.E. ALVAREZ, « The ripples of NAFTA », préc. note 1811, p. xxix; Voir aussi G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 10; J.E. ALVAREZ, « Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven », (1997) 28 *U Miami In-Am L. Rev.* 303; David A. CARON, « Arbitration – NAFTA chapter 11 – relationship of arbitral tribunal to domestic court – Loewen and Mondev cases », (2004) 98 *Am. J. Int'l L.* 155

⁹¹ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*, Award, Arbitral tribunal, 26 juin 2003

*States of America*⁹², dans laquelle le tribunal arbitral a lui aussi conclu qu'il avait juridiction pour juger si une décision rendue par la Cour d'appel de l'État du Massachussetts contrevenait au chapitre 11 de l'ALÉNA.

Ainsi, contrairement au principe de primauté du droit qui établit la suprématie du droit sur les actes de l'État et des individus⁹³, la protection des droits économiques des entreprises étrangères vient supplanter le droit canadien⁹⁴. D'ailleurs, un juge de la Cour supérieure de l'Ontario a déjà conclu dans une décision portant sur la constitutionnalité de l'ALÉNA que ce traité international ne faisait pas partie du droit interne canadien et que la Constitution canadienne ne lui était donc pas applicable⁹⁵. En plus de permettre aux investisseurs étrangers d'être exclus du champ d'application de la Constitution canadienne, certains auteurs vont même jusqu'à dire que le système que crée le chapitre 11 de l'ALÉNA constitue pratiquement une constitution externe applicable entre les États signataires⁹⁶. Tout comme la Constitution, les dispositions du chapitre 11 restreignent le pouvoir des États en protégeant les droits individuels des investisseurs. Ce chapitre crée des normes, ainsi que des droits et des obligations sur lesquelles les législateurs n'ont aucun contrôle.

⁹² *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, Final Award, arbitral tribunal, 11 octobre 2002

⁹³ *Re Manitoba Language Rights*, préc., note 88

⁹⁴ J. ATIK, préc., note 18, p. 145-146

⁹⁵ *R. v. Council of Canadians*, [2005] CarswellOnt 2973, para. 37 à 44

⁹⁶ Ce point de vue est soutenu par l'auteur Stephen CLARKSON, « Hijacking the Canadian Constitution: NAFTA's Investor-State Dispute Arbitration », dans Alan S. ALEXANDROFF (dir.), *Investor Protection in the NAFTA and beyond Private Interest and Public Purpose*, Ottawa, C.D. Howe Institute, p. 97-98

Le chapitre 11 de l'ALÉNA n'établit pas de réelles limites à cette protection qu'il accorde aux investisseurs. Or, il ne prévoit aucune responsabilité pour les entreprises étrangères en contrepartie de leurs droits. Le pouvoir de poursuivre les États, qui est prévu dans cet accord, constitue un droit privilégié que l'État ne peut contrer qu'en se basant sur les dispositions de ce chapitre qui régissent le règlement des différends. Ces dispositions ne lui accordent pas de droits ou de pouvoirs pour contrebalancer ceux des investisseurs⁹⁷.

Par ailleurs, cet accord international peut avoir des conséquences néfastes sur l'exercice du pouvoir législatif de chaque pays. En effet, peu importe l'objectif dans lequel une loi ou un règlement est adopté, que ce soit pour la protection de l'environnement⁹⁸ ou de la sécurité publique, les dispositions du chapitre 11 peuvent trouver application du moment que l'intérêt économique des compagnies étrangères est affecté. Ainsi, la menace de devoir payer plusieurs millions de dollars en compensation à ces entreprises pourrait avoir un effet négatif sur la liberté des élus de légiférer et donc sur la démocratie⁹⁹.

⁹⁷ H. MANN, préc., note 2, p. 19

⁹⁸ Voir à ce sujet DOUG FARQUHAR, «Trade, the Environment and State Environmental Health Law», National Conference of State Legislatures, présentée à la Faculté de droit de l'Université de Denver, août 2010, en ligne : <<http://works.bepress.com>> (site consulté le 15 mars 2012)

⁹⁹ Plusieurs auteurs partagent cette opinion, voir entre autres J. ATIK, préc., note 18, p. 142.; K. BENYEKHLEF, préc., note 18, p. 356-357; J.E. ALVAREZ, « The ripples of NAFTA », préc., note 18, p. xxiii; M. APPEL MOLOT, préc., note 18, p. 176-177; D. SCHWANEN, préc., note 52, p. 46; D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, préc., note 18; J.A. MCKINNEY, préc., note 47, p. 227 à 231; voir aussi David R. HAIGH, « The Management and Resolution of Cross-border Disputes as Canada/U.S. Enter the 21st Century : Chapter 11 – Private Party vs governments, investor-state dispute settlement : Frankenstein or Safety Valve ? », (2000) 26 *Can. U.S.L.J.* 115; Barnali CHOUDHURY, « Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights », (2009) 46 *Alta L. Rev.* 983; voir en matière de santé Tracey EPPS et Colleen M. FLOOD, «Have we traded away the Opportunity for Innovative Health Care Reform? The implications of NAFTA for Medicare », (2002) 47 *McGill L.J.* 747; voir en matière

Également, une critique récurrente envers ces dispositions est que le processus de règlement des conflits découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA pose un problème au niveau démocratique par son manque de transparence et d'imputabilité envers le public¹⁰⁰. Bien

environnementale D. LEMIEUX et S. MEKKI, préc., note 18, p. 813-814; Hélène TRUDEAU, « Kyoto, les OGM, le principe de précaution et l'ALÉNA : la norme environnementale dans un contexte de globalisation », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement 2003*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, à la page 139, p. 162; Ray C. JONES, « NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution: A Shield to Be Embraced or a Sword to Be Feared? » (2002) *Brigham Young University Law Review* 527

Au contraire, le gouvernement actuel ne reconnaît pas de telles conclusions. Le principal argument qu'il avance pour démentir l'opinion partagée par ces auteurs est le fait que les dispositions des accords de libre-échange n'empêchent pas expressément les gouvernements de légiférer. Voir le site Internet du Ministère des affaires étrangères et du commerce international Canada, dans la sous-section « négociation et accords commerciaux ». On y retrouve une page énumérant les « mythes et réalité concernant les accords de libre-échange du Canada », en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/myths-mythes.aspx?lang=fra&view=d>> (site consulté le 8 octobre 2012). Parmi ces « mythes », on retrouve d'ailleurs :

Mythe no 2 : Les accords de libre-échange empêchent les gouvernements d'adopter des lois et des règlements relatifs à l'environnement, au travail, aux soins de santé et à la sécurité.

Les faits :

- Aucune disposition des ALE auxquels le Canada est partie n'empêche les gouvernements d'adopter des lois et des règlements dans l'intérêt du public, notamment dans les domaines de l'environnement, du travail, des soins de santé et de la sécurité.

Mythe no 8 : Les accords de libre-échange permettent aux entreprises et aux investisseurs étrangers de contester les lois et les règlements du Canada.

Les faits :

- Aucune disposition des ALE auxquels le Canada est partie ne permet à des entreprises ou à des investisseurs étrangers de forcer un gouvernement à changer ses lois et ses règlements.
- L'inclusion de mécanismes de règlement des différends soumis à l'arbitrage international dans les ALE n'empêche aucun ordre de gouvernement de légiférer en toute légitimité dans l'intérêt public.
- Les investisseurs canadiens et étrangers sont assujettis aux mêmes lois et règlements du Canada en ce qui concerne les normes sur l'environnement, le travail, les soins de santé, le bâtiment et la sécurité.

¹⁰⁰ Cette critique est formulée par plusieurs auteurs notamment A. VAN DUZER, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and *Amicus Curiae* Participation », préc., note 22, p. 47; H. MANN, préc., note 2, p. 20 ; J. ATIK, préc., note 18, p. 148.; J. A. MCKINNEY, préc., note 47, p. 225 ; Ce sujet a aussi été l'objet d'articles journalistiques, par exemple Anthony DEPALMA, « Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say », *The New York Times*, 11 mars 2001, en ligne :

qu'il soit question de sommes importantes provenant directement des poches des contribuables et que les poursuites intentées contre le gouvernement puissent avoir des impacts directs sur l'adoption des lois publiques, les citoyens n'ont pas accès aux litiges qui se déroulent devant les tribunaux d'arbitrage conçus pour régler ces différends et peu d'information concernant ces décisions est disponible¹⁰¹.

Depuis quelques années, la transparence et l'accès du public se sont améliorés. Les tribunaux d'arbitrage reconnaissent de plus en plus l'importance d'un processus juridique ouvert et permettent parfois la participation de groupes provenant du public à titre d'*amicus curiae*¹⁰². Or, même si certaines améliorations sont notables, il demeure que les décisions sont prises au cas par cas et qu'aucune protection juridique n'est insérée dans les dispositions du chapitre 11 pour garantir la transparence des procédures¹⁰³. Par ailleurs, ces mêmes questions se posent aussi relativement au récent accord conclu entre le Canada et la Chine dont le texte comporte les mêmes dispositions que ceux prévues à l'ALÉNA¹⁰⁴.

<<http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html?pagewanted=all&src=pm>> (site consulté le 8 octobre 2012)

¹⁰¹ Comme le mentionne J. ATIK, préc., note 18, p. 148 : « Indeed, it had been argued that there is an implicit background obligation to preserve confidentiality in Chapter 11 proceedings that can only be waived by consent of all parties. (...) Transparency has only gradually become integrated into NAFTA Chapter 11 proceedings ».

¹⁰² C'est le cas dans *United Parcel Service of America c. Canada*, Merits award, arbitral tribunal, 11 juin 2007

¹⁰³ Voir à ce sujet le texte d'Anthony VAN DUZER, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation », préc., note 22

¹⁰⁴ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, Affaires étrangères et Commercies international Canada, sous l'onglet « APIEs » dans la section « Négociations et accords », en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=fra>> (site consulté le 10 juin 2013)

C. MESURER LA DÉMOCRATIE

Afin d'évaluer notre hypothèse selon laquelle la démocratie canadienne et la primauté du droit sont atteintes par les obligations imposées au gouvernement par les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, il est important de circonscrire quels sont les éléments que nous considérons essentiels à leurs définitions. Également, nous devons établir la façon dont nous pouvons mesurer comment un système politique démocratique peut être affecté par des facteurs internes et externes. Pour ce faire, nous utiliserons des tests qui ont été développés par des groupes de chercheurs et qui permettent de calculer l'indice démocratique des pays en établissant des listes de critères quantifiables afin de déterminer quelles sont les éléments déterminants de la démocratie.

i. Le choix des indices démocratiques utilisés

En général, les différents tests mesurant la démocratie tiennent compte de plusieurs éléments, notamment des libertés politiques, du fonctionnement du gouvernement, de la séparation des pouvoirs, du processus électoral, de la participation citoyenne, de la compétitivité entre les partis politiques, du pluralisme politique et de la liberté de se présenter aux élections. La plupart du temps, la présence de ces éléments est un indicateur d'un système politique démocratique.

Aux fins de notre recherche, nous nous concentrerons sur les tests substantiels plutôt que sur les tests seulement formels. En effet, certains indices démocratiques ne portent que sur la compétition politique et la participation citoyenne. Bien que ces variables soient importantes, l'utilisation de ce type de tests ne concorde pas avec le but

de notre étude, car l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur le système démocratique ne s'évalue pas à l'étape de la mise en place des instances politiques, mais plutôt en ce qui concerne le fonctionnement des gouvernements déjà constitués.

Ainsi, nous privilégierons les tests faisant référence à la mécanique du système gouvernemental, et non seulement ceux évaluant le mode électoral. Plusieurs tests ne prennent pas en compte l'ensemble des critères les plus importants pour mesurer la démocratie. Ils constituent plutôt des indicateurs formels évaluant la présence d'un cadre démocratique. Un pays peut donc sembler fonctionner en concordance avec les principes démocratiques, si l'on ne se fie qu'à l'image que projette son système politique, alors qu'en réalité, une fois au pouvoir les dirigeants gouvernent sans réellement tenir compte des intérêts de la population. Une fois que les institutions ont été mises en place de façon démocratique et légitime, il faut vérifier si elles agissent toujours en fonction de l'intérêt public, ce pour quoi elles ont été instaurées.

Certaines descriptions de la démocratie et de la primauté du droit ne tiennent pas compte de la réelle efficacité du système. Les principes fondamentaux qui sous-tendent les institutions démocratiques doivent fonctionner comme un tout et doivent démontrer une certaine effectivité et non seulement une image de démocratie.

« In the case of democracy, the rule of law is associated with civil liberties and the capacity of the population to participate in the system. Inherent in the notion of "law" is that they are enforceable, that is, effective. More

controversially, it might be argued that the rule of law requires equal capacity to vindicate legal rights. »¹⁰⁵

Dans le cadre d'une analyse de l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la démocratie, l'utilisation de tests formels serait inadéquate. La résolution des différends entre les États hôtes et les investisseurs s'effectue dans le cadre d'un ensemble de règles et d'acteurs externes qui forment en soi un système parallèle au système juridique et démocratique canadien. En effet, ces litiges sont réglés devant les tribunaux d'arbitrage qui appliquent les dispositions de l'ALÉNA et les règles de droit international pertinentes pour les résoudre. La résolution de ces disputes ne se fait pas à l'intérieur du système juridique canadien, ni par l'application de ses lois. Or, ces poursuites ont des répercussions économiques importantes sur les citoyens du Canada et elles peuvent même mener à des changements dans la législation. Elles font donc pression sur le système juridique et politique canadien, mais de façon indirecte. Ainsi, des tests politiques évaluant la démocratie d'un pays en ne tenant compte que des institutions formelles ne pourraient percevoir l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la démocratie canadienne. Leur analyse ne serait pas assez approfondie et n'évaluerait que le système en surface, ce qui ne mènerait pas à des résultats correspondant à la réalité.

ii. Les indices démocratiques mis de côté

C'est pour cette raison que certains indices démocratiques, bien qu'ils puissent contenir une variété d'éléments utiles à une meilleure compréhension de la vitalité de la démocratie à travers le monde, ont été mis de côté pour les fins de cette recherche. C'est

¹⁰⁵ Patricia HUGHES, « The Rule of Law: Challenges in a Global Economy », dans Patricia HUGHES et Patrick A. MOLINARI (Dir.), *Participatory Justice in a Global Economy : The New Rule of Law*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, p. 36

d'ailleurs le cas du test *Polyarchy dataset*¹⁰⁶, développé par Tatu Vanhanen¹⁰⁷. Celui-ci est basé sur deux variables à partir desquelles il mesure la démocratie, c'est-à-dire le niveau de compétition et de participation. Cette compétition est calculée selon le pourcentage de votes que se partage l'ensemble des plus petits partis politiques ou par le nombre de sièges qu'ils détiennent au Parlement. Quant à la participation, elle est évaluée à partir du pourcentage du nombre de personnes qui votent. Pour qu'un pays soit considéré démocratique, il doit obtenir au moins 30 % de compétition et 10 % de participation.

Selon le concepteur de ce test, l'avantage de celui-ci est qu'il est basé sur deux indicateurs seulement. Il est donc simple à appliquer. Également, Vanhanen affirme que ces indicateurs sont objectifs, car ils sont basés sur des données électorales et non sur une analyse subjective, ce qui permet d'obtenir des conclusions plus justes. Or, pour les fins de notre étude, nous considérons que ce test évalue la démocratie de façon plutôt formelle et qu'il passe à côté d'éléments importants, tel que le niveau de liberté, les procédures électorales, ainsi que le fonctionnement du gouvernement et du système judiciaire. Ce type de test n'est donc pas assez substantif pour faire partie de notre analyse.

¹⁰⁶ La méthodologie et les données accumulées par Tatu VANHANEN sont disponibles sur le site du Comprehensive Study of Civil War (CSCW), sous la rubrique « Data » et « Data on governance », « The Polyarchy dataset », en ligne : <<http://www.prio.no/CSCW/Datasets/Governance/Vanhanens-index-of-democracy/>> (site consulté le 3 septembre 2012)

¹⁰⁷ Tatu Vanhanen est un professeur émérite à la University of Tampere et à la University of Helsinki.

Il en est de même pour le test *Democracy and Development*¹⁰⁸ conceptualisé par un groupe de chercheurs universitaires américains. Bien qu'il s'agisse d'un test reconnu dans le milieu de la recherche sur la gouvernance démocratique¹⁰⁹, il évalue la démocratie de façon formelle, sans effectuer une analyse substantielle de toutes les variables qui devraient normalement la définir. Les principaux éléments dont cet indice tient compte sont : l'élection du chef de l'exécutif de la législature, la présence de plus d'un parti politique, ainsi que la durée du mandat du régime au pouvoir. Ces auteurs s'attardent donc à la mise en place des institutions, plutôt qu'à leur efficacité réelle¹¹⁰, ce qui ne convient pas au type d'analyse que nous voulons mener.

iii. Les indices démocratiques utilisés

Néanmoins, d'autres outils de mesure démocratique sont mieux conçus pour l'évaluation que nous tenterons d'effectuer dans cette étude. En effet, les tests formulés par la *Freedom House*¹¹¹, celui de *The Economist*¹¹², le *Polity IV*¹¹³ et l'indice développé

¹⁰⁸ Mike ALVAREZ, José Antonio CHEIBUB, Fernando LIMONGI et Adam PRZEWORSKI, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, Cambridge University Press, 2000

¹⁰⁹ Il est par exemple cité en comparaison avec d'autres tests par Axel HADENIUS et Jan TEORELL, « Assessing Alternative Indices of Democracy », (2005), en ligne : <<http://www.concepts-methods.org/Files/WorkingPaper/PC%206%20Hadenius%20Teorell.pdf>>, (site consulté le 3 septembre 2012); Il est également cité par les auteurs Gerardo L. MUNCK et Jay VERKUILEN, dans leur étude comparative sur les différents indices démocratiques : *Conceptualizing And Measuring Democracy Evaluating Alternative Indices*, University of Illinois at Urbana-Champaign, 2002, en ligne : <http://www-bcf.usc.edu/~munck/pdf/Munck_Verkuilen%20CPS%202002.pdf>, (site consulté le 2 septembre 2012)

¹¹⁰ Mike ALVAREZ, José Antonio CHEIBUB, Fernando LIMONGI et Adam PRZEWORSKI, « Classifying Political Regimes », (1996) 31 no 2 *Studies Comparative International Development* 3, en ligne : <http://www9.georgetown.edu/faculty/jrv24/Alvarez_et_al_1996.pdf> (site consulté le 3 septembre 2012)

¹¹¹ Voir le site Internet de l'organisation Freedom House, en ligne : <<http://www.freedomhouse.org/>> (consulté le 5 mars 2012)

¹¹² Voir le site de l'organisation The Economist Intelligence Unit, en ligne : <http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2011> (site consulté le 5 mars 2012)

par Axel Hadenius¹¹⁴ portent une attention particulière au pouvoir de légiférer librement, à l'absence de pouvoirs parallèles aux institutions démocratiques qui peuvent avoir une influence sur celles-ci, ainsi qu'au respect de la primauté du droit et du pouvoir des tribunaux de droit commun. C'est donc la présence de ce type de critères qui détermineront avant tout le choix des tests utilisés dans notre évaluation.

a) Le test du Freedom House

Un des indices démocratiques les plus connus et auquel se réfèrent plusieurs autres groupes de recherches¹¹⁵ œuvrant dans le même domaine est le rapport *Freedom in the World*, publié chaque année par la *Freedom House*¹¹⁶. Cette organisation a comme mission de promouvoir la démocratie et la défense de la liberté et des droits fondamentaux partout à travers le monde. Regroupant des gens de plusieurs horizons, notamment des défenseurs des droits humains, des leaders publics et des gens travaillant dans les médias, la *Freedom House* produit des rapports d'analyse en lien avec différentes problématiques touchant la démocratie dans le monde. Cette organisation a pour but d'informer la population sur ces problèmes, mais également de faire pression sur les gouvernements pour que leurs politiques promeuvent des principes démocratiques¹¹⁷.

¹¹³ Voir le site du Polity IV Project, en ligne : <<http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm>> (site consulté le 5 mars 2012)

¹¹⁴ Axel HADENIUS, *Democracy and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992

¹¹⁵ Le test du Freedom House est cité par la plupart des recherches sur la démocratie, notamment par l'ensemble de ceux que nous utilisons dans cette étude. Il est aussi cité par d'autres chercheurs ayant construit des tests semblables en critiquant les tests existants, comme A. HADENIUS et J. TEOREL, préc., note 109 et Gerardo L. MUNCK, *Measuring Democracy, A Bridge between Scholarship and Politics*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2009

¹¹⁶ Voir le site de l'organisation Freedom House, préc., note 111

¹¹⁷ Voir la section « about us » pour plus d'informations sur l'organisation, sur le site Internet du Freedom House, en ligne : <<http://www.freedomhouse.org/about-us>> (site consulté le 7 mars 2012)

Une des plus importantes publications annuelle de cette organisation, est le rapport *Freedom in the World*. Cette analyse évalue la progression de la démocratie à travers le monde en étudiant le respect des libertés civiles et des droits politiques, et en comparant les systèmes politiques de 195 pays et de 14 territoires disputés.¹¹⁸ La méthodologie de cette recherche est centrée sur des éléments spécifiques. Afin d'évaluer la présence de droits politiques, la *Freedom House* tient compte de trois aspects démocratiques, soit le processus électoral, le pluralisme politique et la participation, ainsi que le fonctionnement du gouvernement. Quant aux libertés civiles, le respect de celles-ci est calculé en tenant compte de la présence de quatre éléments, soit la liberté d'expression et de croyance, le droit d'association et d'organisation, la primauté du droit ainsi que les libertés personnelles et le respect des droits individuels¹¹⁹.

Aux fins de notre recherche, nous utiliserons cet indice démocratique pour évaluer l'impact du chapitre 11 sur la démocratie et plus précisément pour définir le concept de la démocratie qui sera pris en compte dans cette étude. Nous avons choisi d'utiliser le rapport publié par la *Freedom House* d'abord parce qu'il est substantif, c'est-à-dire qu'il tient compte de plusieurs éléments et non seulement de la présence de structures démocratiques. Également, étant donné leur notoriété, il nous était impossible d'ignorer ces analyses qui sont reprises par de nombreux politiciens, par les médias, par des

¹¹⁸ Voir la sous-section « Methodology », dans la section « Report : Freedom in the World 2012 », sur le site Internet du Freedom House, en ligne : <<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2012/methodology>> (site consulté le 7 mars 2012)

¹¹⁹ *Id.*

organisations internationales et par des défenseurs des droits humains de partout à travers le monde et qui tentent d'évaluer la progression de la démocratie dans divers pays¹²⁰.

La méthodologie utilisée découle d'une vision de la liberté qui est en accord avec les principes inscrits dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Chaque pays est classé sur une échelle de 1 à 7, 1 étant le plus haut niveau de liberté et 7 le plus faible. Ce classement est effectué pour chacun des deux aspects démocratiques dont ce test tient compte, c'est-à-dire les libertés civiles et les droits politiques. La moyenne des deux constitue le classement final déterminant la liberté du pays qui peut être qualifié de libre, de partiellement libre ou de pas libre¹²¹.

Pour parvenir à un résultat numérique, chaque pays est évalué à partir d'une série de questions basées sur ce que les analystes considèrent être les éléments les plus importants dans une société démocratique. 10 questions portent sur les droits politiques et 15 sur les libertés civiles. Pour chaque question le pays peut recevoir un nombre entre 0 et 4 (0 étant le plus bas degré de liberté et 4 le plus haut) pour un total de 100 points au

¹²⁰ Voir la description du rapport Freedom in the World 2012, sur le site du Freedom House, en ligne : <<http://www.freedomhouse.org/report-types/freedom-world>> (site consulté le 5 mars 2012). Cet index de mesure démocratique est un des plus utilisés en la matière. Il est cité par plusieurs autres sources traitant du même sujet, soit des organisations, des journaux, notamment par le site Democracy web : Comparative Studies in Freedom, www.democracyweb.org/about/democracyweb.php; par le Refworld: The Leader in Refugee Decision Support, <http://www.refworld.org/publisher/FREEHOU.html>; par The Huffington Post : "Freedom House 2012 Index Of Freedom In The World", http://www.huffingtonpost.com/2012/01/23/freedom-house-2012-index_n_1214573.html; Voir aussi John HÖGSTRÖM, « Does the Choice of Democracy Measure Matter? Comparisons between the Two Leading Democracy Indices, Freedom House and Polity IV », (2013) Cambridge Journals, vol. 48, pp. 201-221

¹²¹ Free (1.0 to 2.5), Partly Free (3.0 to 5.0), or Not Free (5.5 to 7.0). Pour plus d'information sur le calcul du pointage voir la sous-section « Methodology », dans la section « Report : Freedom in the World 2012 », sur le site Internet du Freedom House, en ligne : <<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2012/methodology>> (consulté le 5 mars 2012)

final qui est ensuite remis sur l'échelle de 7. Les critères établis par cet indice démocratique pour mesurer la liberté et la démocratie à travers le monde sont les mêmes pour l'ensemble des États, et ce indépendamment de la localisation de chacun, de la religion, de la race de la population ou du niveau de vie économique et social¹²².

Ce test définit également si un pays correspond aux critères d'une démocratie électorale. Il ne mesure pas la démocratie en soi, ni le fonctionnement du gouvernement lui-même, mais il mesure les droits et libertés des individus en tenant compte des différents acteurs pouvant les affecter, et non seulement comment l'État les affecte. Cet indice démocratique fait une différence entre une démocratie électorale et une démocratie libérale. Une démocratie libérale implique la présence de plusieurs libertés civiles. Les États classés «libres» sont des démocraties électorales et libérales. Tandis que certains États partiellement libres se classifient comme démocraties électorales, mais non libérales. Pour être qualifié de démocratie électorale, un État doit répondre à certains critères qui constituent, selon ce groupe de recherche, les standards minimums qu'un système électoral doit respecter¹²³.

Ainsi, l'État en question doit obtenir un résultat d'au moins 7 points (sur une possibilité de 12) pour les 3 questions principales sur le système électoral, c'est-à-dire si l'autorité nationale ou la tête du gouvernement est élue par des élections libres et équitables, si les représentants législatifs sont élus de la même façon et si les lois et le

¹²² Voir la sous-section « Methodology », dans la section « Report : Freedom in the World 2012 », sur le site Internet du Freedom House, préc., note 111

¹²³ *Id.*

système électoral sont justes¹²⁴. Afin de répondre aux critères de démocratie électorale selon ce test, un État doit également recevoir un résultat minimal de 20 points pour l'ensemble de la partie du questionnaire portant sur les droits politiques¹²⁵.

Le test conçu par la *Freedom House* pourra nous être utile dans notre recherche principalement parce qu'il accorde une importance au fonctionnement démocratique du gouvernement. Un des éléments qu'il considère comme étant nocif à la démocratie, et qui est nécessairement en lien avec l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la démocratie, est l'influence d'acteurs externes au gouvernement sur la mise en œuvre ou l'adoption de la législation par celui-ci.

b) Le test Polity IV

Un autre indice démocratique que nous croyons pertinent à notre analyse est le *Polity IV*. Il s'agit d'une recherche très développée, et très populaire¹²⁶, dans le champ d'étude de la gouvernance démocratique. Ce test a été élaboré par le *Center for Systemic Peace* (CSP)¹²⁷. Cette organisation sans but lucratif américaine a pour objectif de faire de la recherche sur les problèmes liés à la violence politique dans le monde. Ce groupe de chercheurs produit des rapports d'analyse sur divers conflits systémiques, sur les

¹²⁴ Voir la liste de questions du *Freedom House*, « Political Rights and Civil Liberties Checklist Questions », en ligne : <<http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/Checklist%20Questions%2C%20FIW%202012.pdf>> (site consulté le 5 mars 2012)

¹²⁵ Voir la sous-section « Methodology », dans la section « Report : Freedom in the World 2012 », sur le site Internet du *Freedom House*, préc., note 111

¹²⁶ « The Polity project has proven its value to researchers over the years, becoming the most widely used data resource for studying regime change and the effects of regime authority ». Dans la section « Présentation du projet », sur le site du Polity IV Project, préc., note 113

¹²⁷ Voir le site Internet du *Center for Systemic Peace*, en ligne : <<http://www.systemicpeace.org>> (site consulté le 5 mars 2012)

problèmes de gouvernance et sur le développement humain¹²⁸. Il étudie également les changements dans les divers régimes politiques à travers le monde et a réussi à constituer une base de données importante sur 164 pays et leur évolution respective de 1946 à 2010¹²⁹.

Chaque année, cette organisation publie son rapport de recherche qui compare les régimes démocratiques et autoritaires à travers le monde en évaluant les caractéristiques de chaque système politique. Le test *Polity IV* est un test substantif. Il se base sur trois éléments essentiels et interdépendants pour définir si un pays est démocratique ou non, soit la présence d'institutions et de procédures par lesquelles les citoyens peuvent exprimer leurs préférences à propos des différentes politiques et des dirigeants; l'existence de contraintes institutionnalisées de l'exercice du pouvoir par l'exécutif; et les garanties de libertés civiles à tous les citoyens dans leur vie de tous les jours et dans leurs actes de participation politique. Les facteurs qu'il prend en compte comme moyens pour arriver à respecter ces principes sont la primauté du droit, un système de poids et contrepoids et la liberté de la presse.

Ce test fonctionne selon un système calculant les points pour les mesures démocratiques et en soustrayant de ceux-ci les points accumulés pour les mesures autoritaires (le résultat donne le « Polity »). Le classement final répartit les systèmes politiques en trois catégories distinctes, ce qui donne une évaluation assez précise qui

¹²⁸ Monty G. MARSHALL et Benjamin R. COLE, « Global Report 2011 : Conflict, Governance, and State Fragility », Center for Systemic Peace, en ligne : <<http://www.systemicpeace.org/GlobalReport2011.pdf>>, p. 2, (site consulté le 5 mars 2012)

¹²⁹ Voir le site Internet du Polity IV Project, préc., note 113

tient compte des divers niveaux de démocratisation. Les résultats de ce test s'étendent sur un spectre allant d'une démocratie complètement institutionnalisée à une autocratie complètement institutionnalisée, en passant par des régimes mixtes. L'indice démocratique « Polity » se calcule sur une échelle de 21 points, dont le résultat le plus bas, - 10, représente une monarchie héréditaire, et le résultat le plus haut, + 10, représente une démocratie consolidée. La classification peut également être divisée en trois catégories, soit qu'un pays est qualifié de démocratie, d'anocratie¹³⁰ ou d'autocratie¹³¹.

L'indice de mesure démocratique *Polity IV* est assez complet et se base sur un ensemble de critères variés. Les principales variables qui sont prises en compte dans cette évaluation sont les aspects caractéristiques d'un régime démocratique ou autocratique. L'évaluation d'un système politique se fait donc en calculant le nombre de points correspondant à une démocratie et en soustrayant du résultat obtenu les points correspondant à un régime autoritaire.

La mesure du niveau démocratique d'un État est évaluée selon trois éléments essentiels, soit la compétitivité et l'ouverture du recrutement de l'exécutif; l'indépendance de l'autorité exécutive; et la compétitivité, l'opposition et la participation politique. Pour chaque critère, différents niveaux correspondant à un résultat chiffré

¹³⁰ Une anocratie se définit par un système politique qui n'est pas totalement démocratique, ni totalement autoritaire. Voir Alistair BODDY-EVANS, « Anocracy », About.com Guide, African History, en ligne : <<http://africanhistory.about.com/od/glossary2/g/def-Anocracy.htm>> (site consulté le 12 octobre 2012)

¹³¹ + 10 = fully institutionalized democracies, - 10 = fully institutionalized autocracies, - 10 à - 6 = autocracies, - 5 à +5 = anocracies, + 6 à + 10 = democracies. Voir le site du Polity IV Project, préc., note 113

peuvent être appliqués. Plus la façon de fonctionner répond aux principes démocratiques, plus le pointage établi est élevé¹³².

L'échelle servant à mesurer le niveau autocratique d'un pays sera constituée des mêmes questions que celles évaluant la démocratie. Or, les choix de réponses correspondront plutôt aux critères d'un État autoritaire et les réponses comportant le plus de points seront les méthodes qualifiées comme les plus répressives¹³³. En fait, pour chaque question, la réponse se retrouvera soit dans l'échelle de la démocratie ou dans celle de l'autocratie. Ainsi, au final on pourra évaluer le nombre de points recueillis dans chacune des échelles, et les soustraire pour parvenir à un résultat correspondant au « Polity » (un chiffre situé entre - 10 et + 10) qui nous permettra de classer le pays comme une démocratie, une anocratie ou une autocratie.

Cet indice de mesure démocratique, contrairement aux deux autres, n'est pas constitué d'une liste de questions, mais plutôt de la présence ou non de certains critères associés au bon fonctionnement d'un système politique. Ce test est pertinent car il propose une analyse très développée contenant plusieurs variables qui sont évaluées à plusieurs niveaux. Il tient donc réellement compte des différentes nuances qu'une

¹³² Par exemple, pour la variable « Constraint on Chief Executive (XCONST) », l'échelle de réponse est variée: Executive parity or subordination +4, Intermediate category +3, Substantial limitations +2, Intermediate category +1. Voir Monty G. MARSHALL, Keith JAGGERS et Ted Robert GURR, « Polity IV project, Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2012, Dataset Users' Manual », Center for Systemic Peace and Societal-Systems Research Inc., en ligne : <<http://www.systemicpeace.org/inscr/p4manualv2012.pdf>>, (site consulté le 2 mars 2012)

¹³³ Par exemple, pour la même variable, soit la « Constraints on Chief Executive (XCONST) »: les choix de réponse seront : Unlimited authority +3, Intermediate category +2, Slight to moderate limitations +1.

démocratie peut présenter et des imperfections qu'un système peut contenir sans nécessairement être qualifié de régime autoritaire.

En lien avec notre recherche, ce test porte une attention particulière à la participation et à l'indépendance de l'autorité politique. L'influence que peuvent avoir les entreprises qui intentent des poursuites envers les gouvernements locaux porte probablement atteinte à ces éléments constitutifs d'une saine démocratie.

c) Test de The Economist

Le test de *The Economist* sera utilisé aux fins de notre analyse. Ce test a été développé par l'*Economist Intelligent Unit* qui est un groupe d'analystes produisant des rapports de recherches sur différents sujets politiques, économiques ou sociaux¹³⁴. Bien que cet indice démocratique soit plutôt récent – il a été publié pour la première fois en 2007 – il a rapidement gagné une certaine notoriété dans la recherche sur la gouvernance démocratique dans le monde et a été utilisé par plusieurs organisation œuvrant dans ce domaine¹³⁵.

¹³⁴ Voir le site Internet du Economist Intelligent Unit, en ligne : <<http://www.eiu.com/>>. Ces chercheurs font partie de « The Economist Group », une compagnie de média dont la publication la plus importante est le journal *The Economist*, traitant principalement du monde des affaires. Voir le site Internet de The Economist, en ligne : <<http://www.economistgroupmedia.com/>> (site consulté le 4 mars 2012)

¹³⁵ Par exemple, il a été cité dans un rapport du HAUT REPRÉSENTANT DE L'UNION POUR LES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET LA POLITIQUE DE SÉCURITÉ, « Implementation of the European Neighbourhood Policy in 2011 Statistical Annex », European Commission, Brussels, 15.5.2012 SWD (2012) 122 final, en ligne : <http://ec.europa.eu/world/enp/docs/2012_enp_pack/statistical_annex_en.pdf> (site consulté le 15 septembre 2012); dans une recherche présentée par le Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) : Ursula C. SCHROEDER, « Measuring Security Sector Governance – A Guide to Relevant Indicators », Occasional Paper – N°20», en ligne : <www.dcaf.ch/content/download/.../OP_20_SCHROEDER_FORM.pdf> (site consulté le 12 septembre 2012); Il est aussi listé dans les ressources de recherches du site Internet de la American Sociological Association's Section on Global and Transnational Sociology, en ligne : <<http://www2.asanet.org/sectionglobal/resources.html>> (site consulté le 15 septembre 2012); Il est cité comme source dans le livre du COMMITTEE ON EVALUATION OF USAID DEMOCRACY ASSISTANCE PROGRAMS, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Improving Democracy*

Nous croyons qu'il s'agit d'une étude sérieuse qui tient compte d'un ensemble de critères assez vastes englobant un élément que nous croyons central à l'étude de la démocratie, soit l'évaluation du bon fonctionnement du gouvernement. En effet, nous partageons l'opinion des analystes du *Economist Intelligent Unit* qui affirment, en parlant des principaux indices démocratiques :

«Most measures also include aspects of the minimum quality of functioning of government. If democratically-based decisions cannot or are not implemented then the concept of democracy is not very meaningful or it becomes an empty shell.»¹³⁶

En plus de prendre en considération cet aspect que nous croyons essentiel à l'évaluation de l'indice démocratique d'un État, l'unité de mesure de *The Economist* accorde aussi une importance à la protection des droits fondamentaux. Selon ces chercheurs, le fait de prendre des décisions à la majorité n'est pas suffisant. Il faut que chaque système soit accompagné d'une protection des libertés individuelles et des droits des minorités¹³⁷.

Assistance: Building Knowledge Through Evaluations and Research, 2008, en ligne : <http://www.nap.edu/catalog.php?record_id=12164> (site consulté le 13 septembre 2012); Il fait également partie des outils analytiques présentés dans le rapport de recherche de Mikael DRACKNER, « Educational Investment and Democratic Development, A theoretical and empirical overview », (2010) MD Outcome Consulting Gita Subrahmanyam, London School of Economics, en ligne : <http://www.sida.se/Global/About%20Sida/S%C3%A5%20arbetar%20vi/report%20EDU-DEMO_final%20version_18%20nov.pdf> (site consulté le 12 septembre 2012).

¹³⁶ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, « Democracy index 2010, Democracy in retreat », en ligne : <http://graphics.eiu.com/PDF/Democracy_Index_2010_web.pdf> (site consulté le 5 mars 2012), p. 30; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, « Democracy index 2011, Democracy under stress », en ligne : <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy_Index_Final_Dec_2011.pdf&mode=wp> (site consulté le 3 mars 2012)

¹³⁷ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, préc., note 136, p. 130

Bien que ce test soit très inclusif et qu'il tienne compte de la plupart des aspects caractéristiques d'un État démocratique, certains éléments qui sont considérés importants par d'autres chercheurs ont été mis de côté par ceux du *Economist Intelligent Unit*. Les indicateurs de bien-être économique et social ne sont pas évalués dans ce test, car bien que ces éléments puissent être déterminants dans un système démocratique, ils font partie d'un concept distinct selon ce groupe de recherche¹³⁸.

Ce test est composé de soixante questions, formant les indicateurs, qui sont réparties en cinq catégories interreliées qui sont : le processus électoral et le pluralisme, les libertés civiles, le fonctionnement du gouvernement, la participation politique et la culture politique. Chaque catégorie est évaluée sur une échelle de 0 à 10 en additionnant le résultat des indicateurs, donc de chaque question, de la catégorie. L'index démocratique se calcule par la moyenne de ces 5 catégories. Également, pour un résultat plus précis, certains ajustements sont faits au résultat de la catégorie si l'État ne gagne pas un point pour les éléments que les chercheurs considèrent inhérents à la démocratie, soit l'occurrence d'élections nationales libres et justes, la sécurité des électeurs participant au vote, l'influence de pouvoirs étrangers sur le gouvernement et la capacité du service civil de mettre en œuvre les politiques¹³⁹.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ Si le résultat pour les 3 premières questions est 0 ou 0.5, 1 point (ou 0.5) est déduit de l'index dans la catégorie visée, soit le processus électoral ou le fonctionnement du gouvernement. Si le résultat du point 4 est 0, 1 point est déduit de l'index de la catégorie du fonctionnement du gouvernement.

Au final, les résultats de ce test classent les pays dans une des quatre catégories suivantes, soit les démocraties complètes, les démocraties «défectueuses»¹⁴⁰, les régimes hybrides ou les régimes autoritaires¹⁴¹. Cette unité de mesure est avantageuse en ce qu'elle tient compte des zones grises. En effet, une démocratie complète est constituée d'un système qui respecte les libertés civiles et politiques et qui est marqué par une culture politique saine et un bon fonctionnement du gouvernement. Tandis qu'un pays qualifié de démocratie défectueuse, bien qu'il puisse sembler démocratique par son système électoral et par la protection des droits fondamentaux qu'il offre, peut présenter des faiblesses au niveau du fonctionnement du gouvernement et de la culture politique qui l'accompagne. En ce qui concerne les régimes hybrides, les irrégularités du système électoral et politique seront plus fréquentes. On sera parfois en présence de corruption et d'entrave aux libertés fondamentales. Enfin, les pays classés comme des régimes autoritaires démontreront soit une absence de tout élément essentiel à la démocratie ou qu'en apparence certaines institutions formelles seront mises en place, mais elles ne seront pas réellement respectées de façon substantive¹⁴².

Cet indice de mesure démocratique nous sera donc très utile dans l'évaluation de l'impact du chapitre 11 sur la démocratie. En délimitant les balises du concept de la démocratie, et en le faisant d'une façon très inclusive, ce test nous permettra de définir si

¹⁴⁰ « Flawed democracies »

¹⁴¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, « Democracy index 2011, Democracy under stress », préc., note 136, p. 30 : Full democracies--scores of 8-10, Flawed democracies--score of 6 to 7.9, Hybrid regimes--scores of 4 to 5.9, Authoritarian regimes--scores below 4. Le Canada se classe au 8e rang mondial pour l'index de 2011 avec un résultat total de 9.08 sur 10.

¹⁴² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, « Democracy index 2011, Democracy under stress », préc., note 136, p. 30

les dispositions de l'ALÉNA ont un impact néfaste sur des éléments essentiels à un système démocratique.

d) Test d'Axel Hadenius

Un autre test pertinent à notre analyse est l'indice démocratique développé par le chercheur Axel Hadenius¹⁴³ en 1992¹⁴⁴. Cet indice de mesure démocratique fait également partie des tests souvent cités par les chercheurs en science politique¹⁴⁵. Hadenius délimite son étude de la démocratie à son aspect politique, et plus particulièrement au contrôle des organes de l'État qui déterminent les politiques publiques par le biais de la législation. Selon cet auteur, la démocratie politique dans ce contexte se formule comme suit: « Public policy is to be governed by the freely expressed will of the people whereby all individuals are to be treated as equals ».¹⁴⁶

L'inclusion de cet indice démocratique dans notre recherche s'explique d'abord par le fait que le chercheur a développé un test qui, bien qu'il omette plusieurs variables qui sont prises en compte par d'autres tests, comme certains critères économiques et sociaux, englobe les principaux éléments qui permettent d'évaluer le niveau d'une

¹⁴³ Axel Hadenius est un professeur de science politique à la Lund University, voir Jan TEORELL and Axel HADENIUS, « Democracy without Democratic Values : A Rejoinder to Welzel and Inglehart », en ligne : <<http://resources.metapress.com/pdf-preview.axd?code=aprbnaca7bpjqdbj&size=largest>> (site consulté le 14 septembre 2012)

¹⁴⁴ L'auteur explique sa vision de la démocratie et la méthodologie qu'il emploie pour construire son index démocratique dans son livre : A. HADENIUS, préc. note 114

¹⁴⁵ Il est cité par l'étude comparative des différents indices démocratiques de G. L. MUNCK et J. VERKUILEN, préc. note 109; Il est aussi utilisé dans une étude en science politique évaluant l'impact de la croissance économique sur la démocratie : Michael COPPEDGE, Angel ALVAREZ, Lucas GONZÁLEZ, « Drugs, Civil War, and the Conditional Impact of the Economy on Democracy », (octobre 2007), The Helen Kellogg Institute for International Studies, Working Paper #341, en ligne : <<http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/341.pdf>> (site consulté le 3 septembre 2012)

¹⁴⁶ *Id.*, p. 9

démocratie, et ce, de façon substantive. En effet, il n'évalue pas seulement la façon dont les institutions politiques sont mises en place, mais aussi leur efficacité réelle.

Cet indice démocratique se base sur un ensemble de variables divisées en deux principaux groupes, soit les élections et les libertés politiques. Dans la catégorie des élections, la première caractéristique qui est prise en compte est le fait que l'État, dont le niveau démocratique est mesuré, fonctionne par suffrage universel. Donc, la présence d'un système permettant à tous les citoyens de voter est indispensable pour qu'un État soit considéré démocratique, et aucune restriction ne doit entraver l'exercice de ce pouvoir par l'électorat. Par exemple, si des parties de la population sont exclues du vote, la démocratie est nécessairement affectée. Une autre restriction qui est prise en compte par Hadenius est l'intervalle à laquelle les élections sont tenues. L'auteur considère que le mandat d'un représentant élu ne peut dépasser une limite de douze ans. Un autre critère important pour ce chercheur est que tous les représentants siégeant au Parlement soient élus par les citoyens. Donc, selon que ces critères soient respectés ou que les élections subissent plutôt certaines restrictions, un pointage de 0 à 1 – 0 équivalent à l'absence complète d'élections et 1 à la présence d'élections sans restriction – pourra être attribué à la variable portant sur le suffrage universel¹⁴⁷.

Par ailleurs, cet indice démocratique ne tient pas seulement compte de l'occurrence des élections. Hadenius s'attarde également aux circonstances dans lesquelles celles-ci sont tenues et à l'influence réelle de cet exercice démocratique sur la

¹⁴⁷ A. HADENIUS, préc., note 114, p. 39 à 42

politique nationale. Pour ce faire, l'auteur évalue les élections selon trois critères, soit le fait que celles-ci soient «ouvertes», «correctes» et «efficaces».

Des élections sont considérées «ouvertes» lorsqu'il est possible pour plusieurs candidats de se présenter et que les résultats ne sont pas fixés d'avance. Cette variable est calculée sur une échelle de 0 à 4 – 0 correspondant à une élection où un seul candidat se présenterait pour chaque poste et 4 correspondant à une élection sans restriction quant aux nombres de candidats pouvant s'y présenter¹⁴⁸.

D'un autre côté, des élections sont considérées «correctes» lorsque l'organisation des campagnes et des procédures de vote n'est pas entachée d'irrégularités pouvant influencer le résultat. Cette variable est calculée selon un pointage de 0 à 4 – 0 correspondant à la présence d'irrégularités graves et 4 à un processus électoral sans irrégularité¹⁴⁹.

Également, l'efficacité des élections est prise en compte dans cet indice démocratique sur une échelle de 0 à 4 points. Cette variable est probablement la plus importante aux fins de notre analyse, car elle correspond à la compétence réelle des représentants élus. Ainsi, cet élément évalue si l'organe législatif de l'État, valablement élu par la population, voit son pouvoir de décision limité par des instances non-élues, comme des organisations militaires, religieuses, ou même, comme nous tenterons de le déterminer dans notre étude, économiques. Un pointage de 0 équivaut donc à un organe

¹⁴⁸ *Id.*, p. 42 à 45

¹⁴⁹ A. HADENIUS, préc., note 114, p. 46 à 48

élu qui ne possède aucune compétence réelle, donc qui ne représente qu'une façade démocratique, alors qu'un pointage de 4 correspond à des représentants ayant tous les pouvoirs normalement dévolus aux élus¹⁵⁰.

Chaque variable contenu dans la catégorie des élections est évaluée de façon respective pour l'assemblée populaire et pour le corps exécutif de chaque pays. Ce qui au total peut donner 24 points dans le meilleur des cas¹⁵¹. Le résultat est ensuite multiplié par le chiffre, qui se situe entre 0 et 1, découlant de l'évaluation du suffrage universel et qui détermine le pourcentage des représentants valablement élus par la population, ce qui viendra ajuster le pointage attribué à la catégorie des élections pour que celle-ci corresponde à la réalité.

Par ailleurs, Hadenius prend aussi en compte une autre catégorie de variables lorsqu'il mesure la démocratie, soit l'existence de libertés politiques. Le premier élément évalué par le test est la présence de libertés d'organisation, donc de la possibilité pour les citoyens d'exercer certaines activités politiques, comme des rencontres, des associations ou des manifestations. La création de partis politiques, de syndicats et d'organisations fait partie de ces droits. Cette variable est calculée sur une échelle de 0 à 8, dont le pointage maximal de 8 est associé à la possibilité d'exercer toutes ces formes de libertés d'organisation¹⁵².

¹⁵⁰ *Id.*, p. 49

¹⁵¹ On compte au maximum 4 points pour l'ouverture, 4 points pour l'élection correcte, 4 points pour l'efficacité. Le tout est fait pour l'assemblée populaire et pour l'exécutif respectivement, ce qui donne un total de $4+4+4=12$. $12 \times 2 = 24$.

¹⁵² A. HADENIUS, préc., note 114, p. 52 à 56

La deuxième forme de liberté politique évaluée par l'auteur est la liberté d'opinion. Celle-ci couvre la liberté d'expression et de presse. La présence de censure par l'État est un élément négatif qui peut être pris en compte. L'échelle de calcul de cette variable est la même que celle évaluant la liberté d'organisation¹⁵³.

La troisième forme de liberté politique dont Hadenius tient compte dans son index démocratique est la violence politique et l'oppression. Lorsqu'un gouvernement utilise la police et l'armée comme outil d'oppression, les critères correspondant à un État démocratique ne sont certainement pas respectés. Encore une fois, l'échelle de calcul est la même que celle des deux variables précédentes, 0 point correspondant aux cas les plus sérieux de violence, où les meurtres politiques, la torture et les emprisonnements arbitraires sont choses courantes, et un pointage de 8 correspond à un État libre de ce type d'incidents¹⁵⁴.

En ce qui concerne le calcul final des libertés politiques, l'auteur ajoute une dernière restriction : celle de recevoir au moins deux points, sur une possibilité de seize, dans les deux premières catégories pour pouvoir en accumuler dans celle de la violence politique et de l'oppression. Cette façon de fonctionner permet à Hadenius d'assurer que son test demeure substantif. En effet, pour l'auteur, l'absence d'oppression ne signifie pas qu'un État possède des valeurs démocratiques. Un régime doit ainsi démontrer une ouverture vis-à-vis certains critères inhérents au bon fonctionnement d'une démocratie,

¹⁵³ *Id.*, p. 56 à 58

¹⁵⁴ A. HADENIUS, préc., note 114, p. 58 à 60

soit la présence minimale de certaines libertés d'organisation et d'expression, pour être qualifié comme étant démocratique. L'absence de sanction seule ne suffit pas à démontrer la présence d'un système démocratique. Au final, le maximum de points qu'un État peut accumuler dans la catégorie des libertés politiques est 24, ce qui additionné au calcul des points des élections donne une échelle de 0 à 48 points, qui est finalement convertie en un index de 0 à 10¹⁵⁵.

Bien que le test d'Hadenius ne contienne pas autant de variables que d'autres tests similaires et qu'il ne couvre donc pas toutes les questions reliées à la qualité d'une démocratie, cet indice nous sera très utile dans l'évaluation de l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur le système démocratique canadien, principalement parce qu'il évalue l'efficacité réelle du pouvoir décisionnel des représentants élus. Nous reprendrons les variables de ce test dans notre analyse des dispositions du chapitre 11 et de la jurisprudence qui en découle.

iv. L'utilisation de ces tests dans la recherche en science politique

Avant de nous lancer dans une analyse approfondie du chapitre 11 de l'ALÉNA à l'aide de ces différents tests politiques, nous avons vérifié si ce travail n'a pas déjà été accompli par d'autres chercheurs. Suite à une recherche de la littérature sur le sujet, il semblerait que personne ne se soit penché sur l'analyse de l'impact des dispositions d'un accord économique international sur la démocratie en utilisant de tels indices de mesure démocratique. Nous avons cru bon de recueillir les études qui, sans porter sur le même

¹⁵⁵ *Id.*, p.60-61

sujet que celui qui est au cœur de notre travail, utilisent des indices démocratiques semblables à celles que nous employons dans l'analyse d'un domaine corollaire.

L'étude utilisant les mêmes indices démocratiques et qui, selon nous, se rapproche le plus de l'analyse que nous tenterons d'accomplir dans ce mémoire est une thèse universitaire portant sur l'impact du partenariat Euro-Méditerranéen sur le développement démocratique en Tunisie¹⁵⁶. Cet essai analyse la relation entre l'Europe et la Tunisie depuis l'entrée en vigueur de ce partenariat et quelles ont été les conséquences de celui-ci pour cet État. Contrairement à l'ALÉNA, le partenariat en question n'est pas un accord économique. En revanche, ses objectifs sont semblables : il vise avant tout à libéraliser les échanges dans cette région¹⁵⁷. L'auteur, à l'aide d'indices démocratiques, notamment celui du *Freedom House* et du *Economist Intelligence Unit*, évalue l'impact qu'a eu ce partenariat sur le développement démocratique de la Tunisie.

Toutefois, on ne peut comparer cette recherche à celle que nous effectuons, car, bien que ce partenariat prévoie, entre autres, la signature d'accords économiques régionaux¹⁵⁸, il contient aussi des objectifs de développement social et humain. Le chercheur évalue donc l'évolution de la démocratie dans le temps en regardant les données propres à la Tunisie, qu'il retrouve dans les différents indices, et il tente de faire des corrélations avec les changements apportés par le partenariat. Néanmoins, même s'il

¹⁵⁶ Selim OLBRICH, *The Impact of the Euro-Mediterranean Partnership on Human et Democratic Development in Tunisia – Perceptions according to Indices on Human and Democratic Development*, Bachelor Thesis, Enschede, Pays-Bas, Universiteit Twente de Ondernemende universiteit, 31 janvier 2012, en ligne : <http://essay.utwente.nl/61521/1/BSc_S_Olbrich.pdf> (site consulté le 14 septembre 2012)

¹⁵⁷ Selim OLBRICH, préc., note 156, p. 3

¹⁵⁸ *Id.*, p. 6

ne s'agit pas d'une étude semblable à la nôtre, elle constitue quand même un exemple d'utilisation des tests politiques qui se rapproche de ce que nous allons réaliser dans ce mémoire.

Également, l'utilisation la plus fréquente de ces tests par des chercheurs en science politique est plutôt à l'inverse de notre analyse. En effet, peu d'études tentent d'évaluer l'impact de facteurs juridiques, politiques ou économiques sur la démocratie¹⁵⁹. Or, plusieurs chercheurs ont plutôt analysé l'inverse, à savoir si le niveau démocratique d'un État influe sur sa croissance économique et la libéralisation de ses échanges commerciaux.

À ce sujet, une étude d'une chercheuse de l'Université de Princeton¹⁶⁰ a conclu que les États démocratiques avaient plus tendance à s'intégrer dans des organisations internationales et à respecter les accords qu'ils ratifiaient. De plus, cette recherche démontre que les démocraties ont une propension à utiliser les mécanismes juridiques mis en place par les organisations internationales – l'auteur fait référence notamment à l'AGETAC (GATT), à l'ALÉNA et à l'OMC. Le niveau démocratique d'un État est

¹⁵⁹ Certains auteurs ont quand même étudié quelques facteurs économiques et politiques ayant un impact sur la démocratie. Par exemple, l'impact du développement économique sur la démocratie : Evelyne HUBER, Dietrich RUESCHEMEYER et John D. STEPHENS, « The Impact of Economic Development on Democracy », (1993) 7 *Journal of Economic Perspectives* 71; l'impact du fédéralisme sur la démocratie : Jan-Erik LANE et Svante ERSSON, « The Riddle of Federalism: Does Federalism Impact on Democracy? », (2005) 12 *Democratization* 163; l'impact de la religion sur la démocratie : Marc TESSLER, « Islam and Democracy in the Middle East, The Impact of Religious Orientations on Attitudes toward Democracy in Four Arab Countries », (2002) 34 *Comparative Politics* 337; l'impact de l'aide étrangère sur la démocratie : Stephen KNACK, « Does Foreign Aid Promote Democracy? », (2004) 48 *International Studies Quarterly* 251

¹⁶⁰ Christina L. DAVIS, *Why Adjudicate? Enforcing Trade Rules, Democratic Propensity for Adjudication*, Princeton University, 2009, en ligne: <https://bc.sas.upenn.edu/system/files/Davis_11.19.09.pdf> (site consulté le 6 septembre 2012)

évalué dans cet essai à l'aide du même type de tests que nous utilisons, comme le *Freedom House* et le *Polity*. La conclusion principale de cette analyse est que:

« the demand for tough enforcement combined with the need for visible accountability mechanisms explains why democracies seek adjudication at a higher rate than other governments in trade disputes. The role of democratic checks and balances to push forward legalization could be explored as a more general pattern in international affairs ». ¹⁶¹

Dans le même ordre d'idées, certains chercheurs ont employé ces tests politiques pour démontrer que la démocratie avait un impact sur l'ouverture économique des États¹⁶², alors que plusieurs autres les ont utilisés afin d'étudier le lien entre le niveau démocratique et la croissance des investissements directs à l'étranger (FDI). La plupart des analyses portant sur le sujet ont évalué le niveau démocratique des États à l'aide des mêmes tests que nous utilisons et ont conclu à un effet positif de la démocratie sur les FDI¹⁶³.

Par ailleurs, ces tests ont également été utilisés par des chercheurs pour évaluer l'impact de facteurs internes aux États sur leur système démocratique. Par exemple,

¹⁶¹ *Id.*, p. 40

¹⁶² Clotilde GRANGER et Jean-Marc SIROËN, « Les démocraties sont-elles plus ouvertes à l'échange ? », Équipe Universitaire de Recherche : Institutions: Coordination, Organisation (EURISCO), Université Paris 9-Dauphine., en ligne : <<http://www.dauphine.fr/siroen/democratie.pdf>> (consultée le 4 septembre 2012). Cet étude utilise le *Freedom House* pour évaluer le niveau démocratique d'un État et tente d'établir la corrélation entre celui-ci et l'ouverture économique des États et la croissance des échanges commerciaux entre ceux-ci.

¹⁶³ Tim BÛTHE et Helen V. MILNER, « The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements? », (Octobre 2008) *American Journal of Political Science*, Vol. 52, No. 4, p.. 741 à 762, en ligne : <http://www.princeton.edu/~hmlner/forthcoming%20papers/ButheMilner_AJPS_PoliticsOfForeignDirectInvestmentIntoDevelopingCountries.pdf> (site consulté le 8 septembre 2012); Tim BÛTHE et Helen V. MILNER, *The Interaction of Domestic and International Institutions: Democracy, Preferential Trade Agreements, and Foreign Direct Investment into Developing Countries*, Princeton University, 28 avril 2010, en ligne: <http://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/ptas/BM_pta_paper.pdf> (site consulté le 8 septembre 2012)

certaines études¹⁶⁴ ont évalué l'influence que peut avoir la croissance économique sur le niveau démocratique. Or, même si les accords économiques internationaux sont probablement liés à la vitalité économique des États, les études que nous avons trouvées et qui portaient sur le sujet, ne s'y attardaient pas. En général, les chercheurs emploient plutôt des données objectives, comme le revenu par habitant, et tentent de trouver une corrélation entre ces chiffres et la performance démocratique de chaque pays. Celle-ci est d'ailleurs souvent calculée à l'aide des tests que nous utilisons, notamment celui du *Freedom House*, celui d'Hadenius et le *Polity*.

V. ANALYSE : L'IMPACT DES DISPOSITIONS DU CHAPITRE 11 SUR LA DÉMOCRATIE

Suite à cette présentation du sujet et des outils d'évaluation utilisés, il est maintenant temps de répondre à la question centrale de cette recherche, soit : est-ce que les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA minent la démocratie, tel que nous en avons cerné les contours? D'emblée, il est essentiel de mentionner qu'en analysant les éléments constitutifs de la démocratie, nous en sommes venus à la conclusion qu'un élément indissociable de ce principe devait aussi faire l'objet de notre analyse, soit le principe de la primauté du droit. Tel qu'évoqué, nous envisageons ici le principe de la primauté du droit sous l'angle de la primauté du droit interne, dont l'ancrage démocratique et la légitimité politique nous semblent plus forts que ceux du droit international, notamment

¹⁶⁴ Daron ACEMOGLU, Simon JOHNSON, James A. ROBINSON et Pierre YARED, *Income and Democracy*, Columbia University, en ligne : <<http://www0.gsb.columbia.edu/faculty/pyared/papers/democracy.pdf>> (site consulté le 9 septembre 2012); M. COPPEDGE, A. ALVAREZ, L. GONZÁLEZ, préc., note 145; La plupart de ces analyses découlent des recherches effectuées par Robert J. Barro sur le lien entre la croissance économique et la démocratie, voir à ce sujet, R.J. BARRO, « Democracy and Growth » (1996) *Journal of Economic Growth*, Vol.1, 3-27, et R. J. BARRO, « Determinants of Democracy », (1999) *Journal of Political Economy*, Vol. 107, No.6, 158-183

en raison du lien plus direct existant entre les citoyens et les représentants qu'ils élisent. Il ne s'agit pas de nier toute légitimité au droit international, mais bien de souligner que sa légitimité est largement dérivée plutôt que directement fondée sur le consentement des citoyens, variable cruciale dans ce mémoire qui, rappelons-le, s'intéresse à l'impact de l'ALÉNA sur la démocratie canadienne.

Afin de répondre à la question de recherche, il est également essentiel de circonscrire les articles du chapitre 11 que nous avons choisi d'analyser et que nous croyons problématiques. Cette partie du mémoire portera donc sur l'interprétation du libellé de chaque disposition, autant par la doctrine que par les tribunaux, et sur la façon dont cette interprétation se traduit dans les faits. Enfin, l'analyse de l'atteinte de ces articles à la démocratie et à la primauté du droit, à l'aide des variables extraites des indices démocratiques, nous permettra de répondre à la question initiale et de confirmer, ou non, nos hypothèses. Toutefois, avant d'entrer dans l'étude détaillée de ces dispositions, il est important de présenter les conditions d'ouverture d'un recours en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ainsi que les procédures particulières pour intenter une telle poursuite.

A. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN VERTU DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA

i. Champ d'application et définitions

Le chapitre 11 de l'ALÉNA est divisé en trois parties. La section A¹⁶⁵, qui porte sur les investissements, contient les obligations de chacune des Parties à l'accord. La section B¹⁶⁶ porte sur le règlement des différends entre une Partie et un investisseur et la section C¹⁶⁷ sur les définitions.

Le chapitre 11 de l'ALÉNA s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie et qui concernent les investisseurs d'une autre Partie, ainsi que les investissements effectués par ces investisseurs sur le territoire de la Partie ayant pris une mesure¹⁶⁸. Ces « mesures » sont définies à l'article 201 comme étant toute « législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique »¹⁶⁹. Le terme « mesure » et son emploi dans le chapitre 11 de l'ALÉNA ont aussi fait l'objet d'une interprétation juridique dans l'affaire *Ethyl Corporation c. Canada*¹⁷⁰. Dans cette décision, le panel d'arbitres a conclu qu'une mesure pouvait faire l'objet d'une poursuite en vertu du chapitre 11 même si en même temps elle pouvait également être soumise à un litige entre deux Parties étatiques en vertu du chapitre 3 et 20 de l'ALÉNA¹⁷¹. La Cour a également

¹⁶⁵ ALÉNA, préc., note 13, Section A : articles 1101 à 1114

¹⁶⁶ ALÉNA, préc., note 13, Section B : articles 1115 à 1138

¹⁶⁷ *Id.*, Section C : article 1139 et annexes

¹⁶⁸ *Id.*, Article 1101. Al. C : Ainsi que tous les investissements effectués sur le territoire de la Partie, pour ce qui est des articles 1106 et 1114.

¹⁶⁹ ALÉNA, préc., note 13, Chapitre 2 « Définitions générales », Article 201

¹⁷⁰ *Ethyl Corporation c. Canada*, préc., note 51

¹⁷¹ ALÉNA, préc., note 13, Chapitre 3 « Traitement national et accès aux marchés pour les produits » et Chapitre 20 « Dispositions institutionnelles et procédures de règlement des différends »; *Ethyl Corporation c. Canada*, préc., note 51, para. 52.; Voir à ce sujet Howard MANN et Konrad VON MOLTKE, *NAFTA's*

statué que l'article 201, définissant ce qu'est une mesure, ne contient pas une liste exhaustive des façons utilisées par le gouvernement pour imposer une règle¹⁷². Cette interprétation est cohérente avec le droit international qui reconnaît qu'une mesure gouvernementale portant atteinte à un investissement peut prendre plusieurs formes différentes¹⁷³. Cela signifie que l'interprétation de ce qui constitue une mesure qui peut faire l'objet d'une poursuite en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA est très large. Ainsi, il en résulte un pouvoir important pour les entreprises étrangères qui peuvent soumettre des requêtes en vertu de ce chapitre pour une multitude d'actions gouvernementales.

Par ailleurs, un autre terme qui est important de définir pour connaître le champ d'application des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA est celui d'« investissement ». Par investissement, les négociateurs de l'ALÉNA voulaient désigner toutes les entreprises; ainsi que toutes les formes de titres de participation dans une entreprise, de créances, de prêts ou de propriétés – incluant celles intangibles et intellectuelles acquises dans l'attente d'un bénéfice économique –; et les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire¹⁷⁴.

Chapter 11 and the Environment Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment, The International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 1999, p. 22

¹⁷² *Ethyl Corporation c. Canada*, préc., note 51, para. 66; Pour en arriver à cette conclusion, la Cour s'est basée sur : GOUVERNEMENT DU CANADA, MINISTÈRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, *Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre de l'ALÉNA*, Gazette du Canada Partie 1, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Janvier 1994

¹⁷³ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 22

¹⁷⁴ ALÉNA, préc., note 13, Article 1139; Gary N. HORLICK ET Alicia L. MARTI, « NAFTA Chapter 11B: A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments » (1997) 14 *Journal of International Arbitration* 43, p. 46-47

Ce concept d'investissement, qui est au centre du champ d'application du chapitre 11 de l'ALÉNA, repose principalement sur la notion d'une entreprise au cœur d'un investissement¹⁷⁵. Tout ce qui peut être lié à la propriété ou au profit de l'entreprise peut être considéré comme un investissement¹⁷⁶. Une entreprise, dans les termes de l'ALÉNA « désigne toute entité constituée ou organisée légalement, à des fins lucratives ou non, et possédée par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, coentreprise, ou autre association »¹⁷⁷.

Donc, un investisseur d'une Partie à l'ALÉNA, se qualifiant comme tel en vertu des définitions prévues dans l'accord, peut soumettre une plainte à l'arbitrage à l'encontre d'une autre Partie signataire s'il a subi des dommages découlant d'une violation de cette Partie à une des obligations énumérées au chapitre 11¹⁷⁸, soit le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, la norme de traitement, la norme minimale de traitement, la prescription de résultats, l'obligation de transfert ou l'interdiction d'expropriation¹⁷⁹. Toutefois, certaines exceptions ont été insérées dans l'ALÉNA, à l'article 1108 et dans ses annexes¹⁸⁰, afin d'exclure l'application des

¹⁷⁵ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 23

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ ALÉNA, préc., note 13, Article 201

¹⁷⁸ *Id.*, Article 1116 (1); Également, en vertu de l'article 1117 de l'ALÉNA : « un investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation du chapitre 11 »; Voir aussi à ce sujet Todd WEILER et Luis Miguel DIAZ, « Causation and Damages in NAFTA Investor-State Arbitration », dans T. WEILER (dir.), préc., note 18, p. 180 à 184

¹⁷⁹ ALÉNA, préc., note 13, Articles 1102 à 1106, 1109-1110; Les articles 1503(2) et 1502(3)(a) donnent aussi ouverture à un recours en vertu du chapitre 11. Ces articles obligent les États signataires à surveiller les entreprises étatiques, les monopoles publics et les monopoles privés désignés par l'État pour que ceux-ci respectent les obligations énoncés au chapitre 11.

¹⁸⁰ T. WEILER, « The Significance of NAFTA Chapter 11 for the Development of International Economic Law », préc., note 45, p. 28

obligations du chapitre 11 à certains secteurs d'activités, tel que la santé, les affaires indiennes, les télécommunications, etc¹⁸¹.

Par ailleurs, le délai de prescription pour soumettre une plainte à l'arbitrage est de trois ans à partir de la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et du dommage subi¹⁸². Un investisseur contestant devra aussi renoncer à son droit d'engager une poursuite devant un tribunal judiciaire ou administratif d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement de différends pour pouvoir se présenter devant un tribunal d'arbitrage¹⁸³.

ii. Procédures relatives à un arbitrage sous le chapitre 11 de l'ALÉNA

Lorsque les conditions d'ouverture sont remplies et qu'un investisseur est en droit de soumettre une plainte à l'arbitrage, l'article 1119 de l'ALÉNA lui impose d'abord l'obligation de signifier à la Partie défenderesse, au moins 90 jours avant le dépôt de la plainte, une notification écrite de son intention de se pourvoir contre celle-ci¹⁸⁴. L'investisseur doit aussi attendre une période de 6 mois après les événements donnant lieu au dépôt d'une plainte avant de soumettre celle-ci¹⁸⁵.

¹⁸¹ ALÉNA, préc., note 13, Article 1108 et Annexes I à VII

¹⁸² ALÉNA, préc., note 13, Article 1116 (2)

¹⁸³ *Id.*, Article 1121

¹⁸⁴ R. C. JONES, préc., note 99, p. 527; Todd WEILER, «Arbitral & Judicial Decision: The Ethyl Arbitration: First of Its Kind and a Harbinger of Things to Come», (2000) *11 AM. REV. INT'L ARB.* 187, p. 190

¹⁸⁵ ALÉNA, préc., note 13, Article 1120 (1); *Id.*

Une fois que l'ensemble de ces procédures sont respectées et que la plainte est déposée, il y a formation du tribunal d'arbitrage. Celui-ci est constitué de trois arbitres¹⁸⁶, dont deux sont respectivement désignés par chacune des parties au litige. Le troisième est choisi d'un accord commun entre celles-ci. En cas de désaccord, la nomination du troisième arbitre relèvera de la compétence du Secrétaire général du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)¹⁸⁷.

L'endroit où l'arbitrage aura lieu est déterminé par une entente entre les parties au litige ou, en cas de désaccord, par le tribunal auquel le litige est soumis et qui décidera de cette question en accordance avec les règles d'arbitrage applicables. L'emplacement du panel d'arbitres sera obligatoirement situé dans le territoire d'une des parties au litige, à moins que celles-ci n'en décident autrement¹⁸⁸.

Un tribunal constitué afin de régler un litige découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA est dirigé par les règles procédurales d'un des trois centres d'arbitrage établis pour accommoder les disputes investisseur-état. Dès qu'une partie initie une poursuite, elle doit donc choisir sous quel régime elle soumettra sa plainte¹⁸⁹, soit à la Convention du CIRDI¹⁹⁰, à condition que les deux parties au litige soient parties à cette Convention; au Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition qu'une des deux parties seulement soit partie à la Convention du CIRDI; ou aux règles d'arbitrage de la

¹⁸⁶ *Id.*, Article 1123

¹⁸⁷ *Id.*, Article 1124

¹⁸⁸ ALÉNA, préc., note 13, Article 1130; R. C. JONES, préc., note 99, p. 535

¹⁸⁹ ALÉNA, préc., note 13, Article 1120

¹⁹⁰ De l'anglais: International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International¹⁹¹ (CNUDCI)¹⁹². La majorité des disputes sont gouvernées soit par les règles du CNUDCI ou de la Convention CIRDI¹⁹³. Étant donné que le Canada n'était pas partie à la Convention du CIRDI avant 2013, pendant de nombreuses années, les poursuites intentées contre lui n'ont pu qu'être menées en vertu des règles du CNUDCI ou de celles du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI¹⁹⁴.

iii. Exécution des jugements

Les jugements que les tribunaux d'arbitrage produisent sont de nature à engager la responsabilité des États ayant enfreint les obligations énumérées à la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA. Or, ces décisions ne peuvent qu'accorder des dommages-intérêts ou ordonner la restitution d'une propriété¹⁹⁵. Il n'est pas possible pour les arbitres d'invalider une mesure adoptée par un gouvernement d'une Partie qui serait considérée comme portant atteinte aux droits des investisseurs. Le tribunal peut aussi accorder des dépens¹⁹⁶, mais ne pourra ordonner à une partie au litige de payer des dommages punitifs¹⁹⁷.

¹⁹¹ De l'anglais: United Nations Centre For International Trade Law» (UNCITRAL)

¹⁹² H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 50; R. C. JONES, préc., note 99, p. 534; William W. PARK, « Expropriation and Taxation Under the NAFTA », dans T. WEILER (dir.), T. WEILER (dir.), préc., note 18, p. 96 à 98

¹⁹³ Mary BOTTARI, Lori WALLACH et David WASKOW, *Public Citizen & Friends of the Earth, Nafta Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy: Lessons for Fast Track and the Free Trade of the Americas*, Public Citizen, Friends of the Earth, 2001, En ligne : <<http://www.citizen.org/publications/publicationredirect.cfm?ID=7076>> (site consulté le 25 octobre 2012)

¹⁹⁴ *R. v. Council of Canadians*, préc., note 95, para. 8

¹⁹⁵ ALÉNA, préc., note 13, Article 1135; Au sujet de l'attribution des dommages voir T. WEILER et L. M. DIAZ, préc., note 178, p. 188 et suivantes

¹⁹⁶ *Id.*, Article 1135 (1)

¹⁹⁷ ALÉNA, préc., note 13, Article 1135 (3)

En ce qui a trait à l'exécution des jugements, il est important de noter que la décision d'un tribunal d'arbitrage n'a d'effet qu'entre les deux parties au litige et pour le cas en l'espèce seulement¹⁹⁸. Ainsi, les arbitres ne sont pas liés par les décisions antérieures. Néanmoins, la jurisprudence découlant des tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA ou d'autres organisations semblables, telle l'OMC, constitue nécessairement un élément pertinent pour le tribunal dans son analyse. Ces décisions font parties des sources de droit international¹⁹⁹.

Par ailleurs, une Partie signataire qui n'est pas partie au différend pourra tout de même présenter au tribunal ses conclusions vis-à-vis une question d'interprétation d'une disposition de l'ALÉNA²⁰⁰. D'ailleurs, en ce qui concerne cette soumission déposée par un tiers, le panel d'arbitres conserve une très grande discrétion pour déterminer comment la partie externe pourra exercer ce droit d'intervention²⁰¹.

L'exécution de chaque jugement devra être mise en application par la Partie dans le territoire de laquelle le litige s'est déroulé²⁰². Par ailleurs, les décisions finales faites en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI ou du Règlement du mécanisme

¹⁹⁸ *Id.*, Article 1136

¹⁹⁹ *Statut de la Cour internationale de justice (dans Charte des Nations Unies)*, 26 juin 1945, C.N.U.O.I, vol. 15, p. 365 (texte original), [1945] R.T.Can. n° 7, Article 38 (1)

²⁰⁰ ALÉNA, préc., note 13, Article 1128

²⁰¹ R. C. JONES, préc., note 99, p. 536

²⁰² ALÉNA, préc., note 13, Article 1136 (4)

supplémentaire du CIRDI sont révisables devant les tribunaux domestiques de l'État qui a accueilli le règlement de ce différend au sein de ses frontières²⁰³.

B. LES DISPOSITIONS PROBLÉMATIQUES DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA : 1110, 1102-1103, 1105 ET 1106

i. Les règles d'interprétation

Malgré l'intention des négociateurs de l'ALÉNA de rédiger des dispositions claires, la tâche du tribunal de juger qu'un État est responsable d'avoir enfreint les obligations du chapitre 11 n'est pas simple. Ainsi, l'issue d'un différend entre un investisseur et une Partie à l'ALÉNA sera déterminée par le tribunal qui se référera aux dispositions de l'accord lui-même et aux règles du droit international applicables²⁰⁴. La jurisprudence des tribunaux d'arbitrage révèle que les règles de droit international applicables en la matière sont les règles coutumières d'interprétation des traités du droit international public²⁰⁵.

Ces règles ont été codifiées aux articles 31, 32 et 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁰⁶. La disposition centrale à l'interprétation des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA est l'article 31 (1) qui énonce qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et

²⁰³ Patrick G. FOY, « Effectiveness of NAFTA's Chapter 11 Investor State Arbitration Procedures », (2002) *ICSID Review Foreign Investment Law Journal (USA)* 44, p. 44

²⁰⁴ ALÉNA, préc., note 13, Article 1131

²⁰⁵ *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, préc., note 92, para. 43; *Ethyl Corporation c. Canada*, préc., note 51, para. 50-51

²⁰⁶ OMC, Module de formation au système de règlement des différends, *Chapitre 1, Introduction au système de règlement des différends de l'OMC*, en ligne : <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/cls3p2_f.htm> (site consulté le 14 novembre 2012)

à la lumière de son objet et de son but ». ²⁰⁷ L'ALÉNA contient une liste d'objectifs guidant l'interprétation de son texte qui sont énumérés à son article 102. Ces lignes directrices énoncent que l'accord tend principalement à réduire les barrières au commerce, à promouvoir le libre-échange et les opportunités d'investissements ²⁰⁸. Le premier panel à avoir été établi pour entendre une dispute découlant de l'ALÉNA a réitéré l'importance de prendre en considération l'esprit du traité dans l'interprétation de ses dispositions et donc l'importance de la promotion de ses objectifs ²⁰⁹.

En revanche, ses objectifs ne semblent pas être seulement commerciaux. Comme le tribunal l'a énoncé dans la décision *S.D. Myers* ²¹⁰, la détermination du contexte dans lequel un traité doit être interprété doit aussi tenir compte du préambule de celui-ci. Ainsi, le préambule de l'ALÉNA prévoit que ses objectifs de libéralisation des échanges devront être accomplis d'une manière compatible avec la protection de l'environnement, que l'accord devra assurer la préservation de la liberté d'action étatique concernant la sauvegarde du bien public, la promotion du développement durable, et le renforcement de l'élaboration et l'application des lois et règlements en matière d'environnement ²¹¹. Donc, il semblerait que l'ALÉNA doit être interprété en tenant compte de l'ensemble de ces principes.

²⁰⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T.S.N. vol. 1155, p. 331

²⁰⁸ ALÉNA, préc., note 13, Article 102

²⁰⁹ Todd WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », dans T. WEILER, préc., note 18, p. 107, à la page 111 qui cite *Canada – Tariffs Applied by Canada to Certain U.S.- Origin Agricultural Products*, CDA-95-2008-01, Dec. 2, 1996, para. 122; L'importance de ce principe d'interprétation a également été réitéré par le tribunal dans *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, Final Award, arbitral tribunal, 30 août 2000

²¹⁰ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

²¹¹ ALÉNA, préc., note 13, préambule; Voir aussi T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 111

En plus du contexte, pour interpréter les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, les tribunaux d'arbitrage doivent se baser sur des sources de droit international pertinentes à la relation entre les parties pour justifier la façon dont ils appliquent ces articles à chaque cas²¹². Les sources du droit international sont énumérées à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*²¹³ et comprennent entre autres les conventions internationales, les coutumes, les principes généraux du droit reconnus par les États, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés à travers le monde.

L'interprétation donnée aux dispositions de l'ALÉNA par les tribunaux d'arbitrage doit donc se faire à partir du sens commun du libellé de chaque article, mais aussi à la lumière du contexte dans lequel l'accord a été rédigé et des objectifs qu'il vise. Les arbitres décideront de l'interprétation à donner au texte du chapitre 11 à l'aide de l'ensemble des dispositions formant l'accord et par l'utilisation des règles et des sources pertinentes de droit international. Ainsi, nous analyserons les différentes approches interprétatives qui ont été appliquées par les tribunaux et par certains auteurs de doctrine et qui concernent les articles du chapitre 11 contenant une obligation que nous croyons problématique pour la démocratie.

²¹² Comme le prescrit l'article 31(3) (c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 207

²¹³ *Statut de la Cour internationale de justice*, préc., note 199, Article 38 (1); Pour en savoir plus sur les sources de droit international, voir Benjamin MULAMBA MBUYI, *Introduction à l'étude des sources modernes du droit international public*, Presse de l'Université Laval, 1999

ii. Article 1110 : expropriation et indemnisation

L'article 1110 est l'une des dispositions les plus controversées²¹⁴ du chapitre 11 de l'ALÉNA en raison de la protection qu'il offre aux entreprises étrangères contre les mesures étatiques équivalentes à l'expropriation de leur investissement. Le premier alinéa de cet article se lit comme suit :

«1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf :

a) pour une raison d'intérêt public;

b) sur une base non discriminatoire;

c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et

d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6 »²¹⁵.

À la lecture de son libellé, on constate que cet article comporte trois définitions différentes de ce qui peut constituer une expropriation. Une expropriation ou une nationalisation peut d'abord être directe. Elle peut également être indirecte ou se présenter sous la forme d'une mesure équivalente à une expropriation ou à une nationalisation. Si une action du gouvernement correspond à un de ces types d'actions, les quatre conditions contenues aux paragraphes (a) à (d) entrent en jeu²¹⁶. Pour qu'un gouvernement se libère de toutes responsabilités, chaque condition doit être remplie.

²¹⁴ « This was the most visible issue during the MAI debates, and arguably has remained the issue with the most public impact to date ». H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 37

²¹⁵ ALÉNA, préc., note 13, Article 1110

²¹⁶ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 38

Ainsi, même si une mesure est prise dans l'intérêt du public, sur une base non-discriminatoire et sans porter atteinte aux autres dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, le gouvernement devra tout de même offrir une indemnité financière sous peine d'avoir à faire face à une action devant un tribunal d'arbitrage²¹⁷.

Le champ d'application de l'article 1110 (1) est incertain car la définition de ce que constitue une « expropriation » dans les types de dispositions protégeant les investisseurs étrangers a évolué. La protection prévue à l'article 1110 visait à l'origine à contrer la prise d'une propriété physique par le gouvernement²¹⁸. Cependant, les États hôtes ont développé d'autres sortes de mécanismes un peu plus discrets pour réduire le contrôle des investisseurs sur leurs investissements. Ces mesures gouvernementales sont considérées comme étant des expropriations indirectes, aussi nommées « creeping expropriation ». Devant ces nouvelles formes d'atteintes au droit de propriété d'un investisseur, le droit international a dû s'adapter et élargir la définition d'expropriation pour que les protections offertes aux entreprises étrangères demeurent efficaces²¹⁹.

La plus grande incertitude concernant l'application de l'article 1110 réside dans la question à savoir s'il existe une différence entre une mesure gouvernementale adoptée de bonne foi dans les limites du pouvoir de régulation de l'État et une mesure qui requerrait une compensation. Les règles du droit international coutumier règlent cette question par la doctrine de la « *police powers* ». Selon ce principe, un État a le pouvoir de réguler dans

²¹⁷ *Id.*; R. C. JONES, préc., note 99, p. 550; T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 125-126

²¹⁸ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 39-40

²¹⁹ *Id.*, p. 40

le cadre de ses fonctions et a la possibilité d'adopter des mesures afin de protéger l'environnement et la santé publique, d'assurer la protection des consommateurs, de réguler les produits dangereux, etc.²²⁰.

Ainsi, selon le droit international coutumier, un État ne pourrait engager sa responsabilité en agissant de façon non-discriminatoire dans le cadre de ses pouvoirs communément acceptés de taxation et de régulation²²¹.

Donc, le principal débat entourant l'interprétation de l'article 1110 réside dans la détermination de ce qui constitue une expropriation indirecte, ou qui ne touche que partiellement au droit de propriété, et plus particulièrement à la définition de ce qui représente une « mesure équivalant à une nationalisation ou une expropriation » lorsque la mesure en question est mise en place par le gouvernement dans le cadre de son pouvoir de régulation. L'interprétation donnée par les tribunaux d'arbitrage a évolué à ce sujet et s'est consolidée autour de deux courants jurisprudentiels distincts. L'incertitude demeure toujours quant à l'interprétation exacte que devraient donner les arbitres à l'article 1110 de l'ALÉNA pour que celui soit appliqué en conformité avec l'intention des négociateurs qui l'ont inclus dans l'accord. L'existence de ce flou juridique s'explique principalement par le fait que les tribunaux d'arbitrage du chapitre 11 ne suivent pas de *stare decisis*²²².

²²⁰ *Black's Law Dictionary*, 6th ed., 1990 : Définition de «Police powers» : «The power of the state to place restraints on the personal freedom and property rights of persons for the protection of the public safety, health, and morals, or the promotion of public convenience and general prosperity[...] The police power is the exercise of the sovereign right of a government to promote order, safety, security health and general welfare within constitutional limits and is an essential attribute of government.»

²²¹ George ALDRICH, « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », (1994) 88 *AJIL* 585, p. 609

²²² ALÉNA, préc., note 13, Article 1136 (1)

En effet, les décisions précédentes découlant du même système de règlement des différends n'ont aucune force obligatoire pour les tribunaux subséquents; ceux-ci peuvent donc rejeter les approches interprétatives de leurs prédécesseurs²²³. Néanmoins, un tribunal d'arbitrage va tout de même prendre en considération les décisions découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA, ainsi que celles provenant d'autres tribunaux œuvrant dans d'autres contextes, pour parvenir à ses propres conclusions. Sans être liés par la jurisprudence, ces tribunaux vont se servir de celle-ci comme guide²²⁴. C'est pour cette raison que l'analyse des décisions portant sur l'interprétation et l'application de l'article 1110 est essentielle à l'étude de l'impact de cette disposition sur la démocratie.

a) Interprétation jurisprudentielle

Les deux principales décisions dans lesquelles l'interprétation donnée à l'article 1110 de l'ALÉNA par le tribunal est considérée la plus controversée sont *Methanex Corporation c. The United States of America*²²⁵ et *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*²²⁶. Comme nous le verrons un peu plus loin, l'analyse respective des arbitres dans les deux cas vont dans des directions diamétralement opposées. Ils adoptent des approches complètement différentes et ne se basent pas sur les mêmes critères pour déterminer ce qui donne ouverture à une action en vertu de l'article 1110.

²²³ *Statut de la Cour internationale de justice*, préc., note 199, Articles 38 et 59; Joshua ELCOMBE, « Regulatory Powers vs. Investment Protection Under NAFTA's Chapter 1110: Metalclad, Methanex, and Glamis Gold », (2010) 68 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 71, p. 84

²²⁴ Daniel M. PRICE, « Chapter 11 – Private Party vs. Government, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve? » (2000) 26 *Can. – U.S. L.J.* 107, p. 111

²²⁵ *Methanex Corporation c. The United States of America*, Final award on Jurisdiction and Merits, arbitral tribunal, 9 août 2005

²²⁶ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209

L'évolution jurisprudentielle de l'interprétation de l'article 1110 a débuté quelques années avant que ces deux incontournables décisions ne viennent causer plusieurs questionnements quant à l'approche la plus exacte à adopter. En effet, la première décision de l'ALÉNA contenant des allégations de violation à l'article 1110 est *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. The United Mexican States*²²⁷. Toutefois, dans cette décision le tribunal n'a pas eu à compléter son analyse de chaque disposition pour conclure que le gouvernement mexicain n'avait violé aucune obligation du chapitre 11²²⁸.

1. *Pope & Talbot c. Canada*

C'est donc dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*²²⁹ qu'un panel d'arbitres de l'ALÉNA s'est réellement penché pour la première fois sur l'interprétation de ce que constitue une expropriation. Dans cette décision, une compagnie américaine œuvrant en Colombie-Britannique plaidait que le Canada, en mettant en place un régime de contrôle sur les exportations de bois d'œuvre, la privait de sa capacité à aliéner son produit dans le marché américain et que cela constituait une expropriation de son investissement²³⁰.

Au sujet de ce qui constitue un « investissement », qui entre sous le champ d'application de cet article, le tribunal a conclu que la définition de l'article 1139²³¹ inclut l'habileté pour l'investisseur de vendre son produit sur le marché américain qui forme une part importante de ses activités et donc une partie importante de l'actif de

²²⁷ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. The United Mexican States*, Final Award, arbitral tribunal, 1er novembre 1999

²²⁸ *Id.*, para. 128

²²⁹ *Pope & Talbot c. Canada*, Award on the Merits of Phase 2, arbitral tribunal, 10 avril 2001

²³⁰ *Id.*, para. 81 à 83

²³¹ ALÉNA, préc., note 13, Article 1139 : Définitions

l'entreprise. Cela démontre que l'atteinte à un investissement, selon les articles 1110 et 1139, peut prendre plusieurs formes.

L'élément de l'article 1110 qui semble être le plus litigieux est la notion d'expropriation elle-même. À partir de quel moment une action du gouvernement qui cause une perte à un investisseur d'une autre Partie de l'ALÉNA entre-elle sous le champ d'application de cette disposition? Selon l'investisseur dans *Pope & Talbot*, l'interprétation du libellé de l'article 1110 doit être très large. De l'avis de celui-ci, l'expropriation indirecte d'un investissement par des mesures qui ont comme résultat de priver un propriétaire de certains bénéfices liés à sa propriété est un principe reconnu en droit international²³². De plus, selon l'investisseur, l'article 1110 crée une *lex specialis* qui va au-delà de ce que prévoit le droit international coutumier²³³. Ainsi, l'interprétation de l'expression « *measure tantamount to expropriation* » irait jusqu'à inclure des mesures gouvernementales non-discriminatoires ayant comme effet d'interférer de façon substantielle avec un investissement²³⁴.

Quant au défendeur, le gouvernement du Canada, il est plutôt d'avis que le régime qu'il a implanté fait partie de son pouvoir de régulation et que le droit international

²³² *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 83

²³³ David A. GANTZ, « Contrasting Key Investment Provisions of the NAFTA with the United States – Chile FTA », dans T. WEILER (dir.), préc., note 18, p. 393

²³⁴ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 84; Ce type d'argument s'inspire directement des thèses libertariennes de Richard Epstein et Randy Barnett, lesquels prônent un retour du droit constitutionnel à l'époque de *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

prévoit qu'aucune compensation n'est requise lorsqu'un investisseur subit des pertes résultant de la mise en place d'une mesure de régulation étatique non-discriminatoire²³⁵.

La décision du tribunal est venue en partie appuyer l'opinion de l'investisseur sur cette question. En effet, le panel d'arbitre a conclu que l'analyse du Canada était trop étroite et que la régulation gouvernementale peut être exercée d'une façon qui pourrait constituer une expropriation indirecte, et ce, même si elle n'est pas discriminatoire²³⁶. Toutefois, en l'espèce, le tribunal a conclu que le régime d'exportation implanté par le gouvernement canadien ne représentait pas une violation à l'article 1110²³⁷.

Dans cette décision, les arbitres ont établi un test pour évaluer si une mesure entre sous l'application de cette disposition:

While it may sometimes be uncertain whether a particular interference with business activities amounts to an expropriation, the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been “taken” from the owner²³⁸.

L'interférence causée par l'action doit donc constituer une privation substantielle du droit de propriété de l'investisseur sur son investissement²³⁹. En l'espèce, même si l'interférence a fait réduire les profits de l'investisseur, celui-ci a continué d'exporter aux États-Unis et à faire du profit, ce qui n'a pas été considéré comme étant une expropriation de son investissement. Les critères que le tribunal a retenus pour en arriver à cette

²³⁵ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 90

²³⁶ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 99

²³⁷ *Id.*, para. 100 à 105

²³⁸ *Id.*, para. 102

²³⁹ T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 126

conclusion, et qui peuvent servir de guide pour l'évaluation du degré d'interférence dans des cas similaires, sont les suivants :

[The] Investor remains in control of the Investment, it directs the day-to-day operations of the Investment, and no officers or employees of the Investment have been detained by virtue of the Regime. Canada does not supervise the work of the officers or employees of the Investment, does not take any of the proceeds of company sales (apart from taxation), does not interfere with management or shareholders' activities, does not prevent the Investment from paying dividends to its shareholders, does not interfere with the appointment of directors or management and does not take any other actions ousting the Investor from full ownership and control of the Investment²⁴⁰.

Dans l'affaire *Pope & Talbot*, le tribunal a donc interprété l'article 1110 en prenant une approche basée sur le degré d'interférence de la mesure sur l'investissement, qui ne tient pas compte du but de l'action gouvernementale en soi. Le tribunal n'a pas tenu compte de la question de l'objectif public de la mesure ou du fait qu'elle soit discriminatoire ou non. Par ailleurs, le tribunal a rejeté l'argument de l'investisseur comme quoi l'expression « *measure tantamount to expropriation* » élargissait le spectre de ce qui constitue une expropriation au-delà de ce que prévoit le droit international coutumier. Selon les arbitres, le terme « *tantamount* » ne veut rien dire de plus qu'« équivalent ». Ce qui signifie que sont incluses dans la définition des mesures moins sévères qu'une expropriation complète, mais que l'interprétation ne peut aller plus loin et inclure d'autres sortes de mesures qui affecteraient la propriété²⁴¹.

²⁴⁰ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para 100; Voir aussi D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 416-417

²⁴¹ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 104; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 416; Voir aussi Rachel D. EDSALL, « Indirect Expropriation Under Nafta and Dr-Cafta: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations », (2006) 86 Boston University Law Review 931, p. 950-951

2. *S.D. Myers Inc. c. Canada*

Dans l'affaire *S.D. Myers*²⁴², le tribunal s'est aussi penché sur l'interprétation de l'article 1110. Cette décision oppose une société américaine spécialisée dans le traitement et l'élimination des déchets de PCB au gouvernement canadien. S.D. Myers a déposé une requête en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA alléguant que l'interdiction du Canada sur les exportations de déchets de PCB vers les États-Unis constituait une violation de ses obligations prévues à l'accord²⁴³. L'investisseur plaidait que la fermeture de la frontière l'empêchait d'opérer son entreprise et que cette mesure équivalait donc à une expropriation de son investissement²⁴⁴.

Tout en prenant une approche un peu différente de celle adoptée dans *Pope & Talbot*, le tribunal est parvenu à des conclusions similaires. Selon le panel d'arbitres, le terme « expropriation » doit être interprété à la lumière d'un ensemble complet de sources incluant les pratiques d'un État, les traités, et les interprétations judiciaires de ce terme dans la jurisprudence internationale²⁴⁵. Dans cette décision, le tribunal a affirmé que le terme expropriation réfère habituellement à la prise d'une propriété, c'est-à-dire un transfert de la possession de la personne à l'autorité gouvernementale²⁴⁶.

Bien qu'il semble laisser de côté la possibilité qu'une régulation, qui constitue une interférence moindre que la privation d'un droit de propriété, puisse constituer une

²⁴² *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

²⁴³ *Id.*, para. 88-128

²⁴⁴ *Id.*, para. 142

²⁴⁵ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 280; Voir aussi à ce sujet D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 417

²⁴⁶ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 280

expropriation en vertu de l'article 1110, le tribunal laisse la porte ouverte à ce sujet²⁴⁷. En effet, il énonce que malgré qu'une régulation ne soit pas présumée être une expropriation, dans certaines circonstances une privation partielle ou temporaire de la capacité d'exercer ses droits économiques sur un investissement pourrait y équivaloir et enfreindre l'obligation contenue à l'article 1110²⁴⁸. L'affaire *S.D. Myers* vient donc appuyer une interprétation libérale de cette disposition dont les conditions d'ouverture se fondent principalement sur le degré d'interférence aux droits de l'investisseur sur son investissement²⁴⁹.

3. *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*

À la suite de ces deux décisions portant sur la question de ce que constitue une expropriation en vertu de l'article 1110, la jurisprudence évolue dans la même direction renforçant l'idée que peu importe l'objectif d'une mesure mise en place par un gouvernement, et même si celle-ci est adoptée dans le cadre de son pouvoir de régulation, si cette mesure venait interférer avec les activités d'un investisseur de façon à le priver de la jouissance de ses droits de propriété l'État pourrait contrevenir à ses obligations de signataire de l'ALÉNA. L'importante décision *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*²⁵⁰, qui est la seule dans laquelle un tribunal d'arbitrage du chapitre 11 a ordonné de payer une compensation en raison d'une expropriation violant l'article 1110²⁵¹, va dans le même sens et élargit encore plus le champ d'application de cette disposition.

²⁴⁷ *Id.* para. 281

²⁴⁸ *Id.*, para. 283, D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 417; R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 950

²⁴⁹ R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 950

²⁵⁰ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209

²⁵¹ T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 125, D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 415

Dans *Metalclad* une entreprise américaine voulait construire une usine dans une ville mexicaine pour éliminer les déchets dangereux. Elle s'est basée sur l'information qui lui avait été donnée par les autorités fédérales du pays qui l'ont assuré qu'aucun permis spécial n'était requis. Cependant, il s'est avéré qu'un permis de construction était nécessaire et la municipalité a refusé de l'émettre. L'investisseur a donc acheté le terrain sans pouvoir s'en servir et il a subi une perte économique importante. De plus, après le début des procédures d'arbitrage le gouverneur de l'État a adopté un décret environnemental proclamant la région comme réserve à protéger²⁵².

Dans cette décision, le tribunal a énoncé que la mesure prise par le gouvernement mexicain équivalait à une expropriation²⁵³. L'interprétation de l'article 1110 dans ce cas a inclus les interférences avec l'usage de la propriété ayant pour effet de priver le propriétaire en tout ou en partie, d'une façon significative, de l'usage ou des bénéfices économiques raisonnablement attendus de cette propriété, et ce, même si ce n'était pas pour le bénéfice de l'État²⁵⁴. Ainsi, selon le tribunal, une prise de possession partielle peut être considérée comme une expropriation.

Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a évalué l'impact économique de la mesure sur l'investisseur. Il a également pris en compte l'attente raisonnable de celui-ci

²⁵² *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 105 à 111; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 415; R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 949; J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 78-79

²⁵³ R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 951

²⁵⁴ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 103; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 418; J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 78-79

sur la fiabilité de l'information donnée par les autorités fédérales²⁵⁵ et a conclu que l'action du gouvernement équivalait à une expropriation indirecte²⁵⁶. Par ailleurs, le panel d'arbitre, a également fait référence au fait que le refus de la municipalité d'émettre un permis pour les activités de Metalclad constituait une violation au standard de traitement juste et équitable contenu à l'article 1105 de l'ALÉNA et que d'enfreindre ce standard équivalait à une expropriation sous l'article 1110²⁵⁷. Le décret écologique a également été considéré comme une mesure équivalente à une expropriation.

Cette décision vient donc réaffirmer le test énoncé dans *Pope & Talbot* qui étend la définition d'expropriation non seulement à un transfert d'un titre de propriété, mais également à toute interférence avec l'usage d'un droit de propriété ayant pour effet de priver l'investisseur de l'usage de son investissement ou d'un bénéfice attendu.

Toutefois, aucune de ces décisions n'a réellement éclaircie ce qui constitue une « interférence significative »²⁵⁸. Le tribunal dans *Metalclad* n'a fait que confirmer que l'interprétation de l'article 1110 est très large et que même une mesure de régulation gouvernementale aussi simple qu'un rezonage peut être interprétée comme une expropriation²⁵⁹. Le but de la mesure n'est pas pris en compte dans ce test. C'est

²⁵⁵ R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 951

²⁵⁶ *Id.*, p. 949

²⁵⁷ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 101 et 104; J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 78-79

²⁵⁸ Howard MANN et Julie A. SOLOWAY, *Untangling the Expropriation and Regulation Relationship: Is There a Way Forward?*, Report to the Ad Hoc Expert Group on Investment Rules and the Department of Foreign Affairs and International Trade, Ministère des affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, 31 mars 2002, p. 5 et 6

²⁵⁹ C'est ce que le juge a énoncé dans la révision de cette décision par la Cour suprême de la Colombie-Britannique: « interference with the use of property which [deprives] in significant part, of the use or

seulement en l'évaluant à la lumière de son impact sur l'investisseur que la mesure sera considérée comme enfreignant l'article 1110²⁶⁰. Le tribunal dans cette décision rejette donc la doctrine du « police power », selon laquelle une mesure gouvernementale non-discriminatoire adoptée pour le bien public n'est pas une expropriation²⁶¹.

Malgré cette interprétation libérale de l'article 1110, les décisions *S.D. Myers* et *Pope & Talbot* viennent tempérer les conclusions de *Metalclad* en énonçant que normalement, les interférences temporaires ou mineures au droit de propriété d'un investisseur n'équivalent pas à une expropriation. Afin qu'une mesure de réglementation de l'État soit considérée ainsi, elle doit être plus permanente ou constituer une privation substantielle de l'usage de la propriété²⁶². Toutefois, une autre décision est venue remettre en question cette tendance jurisprudentielle et a accentué le flou juridique à l'égard du champ d'application de l'article 1110, il s'agit de l'affaire *Methanex Corporation c. The United States of America*.

4. *Methanex Corporation c. The United States of America*

En 2005, les conclusions du panel d'arbitres dans l'affaire *Methanex Corporation c. The United States of America*²⁶³ ont instauré une nouvelle façon de définir ce que

reasonably-to-be-expected economic benefit of property", the Tribunal gave "expropriation" such a broad meaning as to capture "legitimate rezoning"», *The United Mexican States c. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664 para. 99

²⁶⁰« In other words, when determining whether the measure was equivalent to expropriation, the Tribunal considered its "sole-effect" on the investor's property. » Jessica C. LAWRENCE, « Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriations After Methanex » (2006) 41 *Ga. L. Rev.* 261, p. 287

²⁶¹ H. MANN, préc., note 2, p. 31

²⁶² J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 79 à 82; *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 282-84; *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 96 et 102; Iveta ŠTEFÁNKOVÁ, *Regulatory Expropriation in International Law*, Univerzita Karlova v Praze Právnická fakulta, 2011

²⁶³ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225

constitue une expropriation en vertu de l'article 1110. Même si les décisions découlant du processus de règlement des litiges du chapitre 11 de l'ALÉNA ne contiennent pas de *stare decisis*, l'affaire *Methanex* annonce un nouveau courant jurisprudentiel offrant une présomption en faveur de la régulation étatique, ainsi qu'une limite à la protection des investisseurs privés²⁶⁴.

Cette décision met en cause une entreprise canadienne, Methanex, qui était le plus grand producteur de méthanol au monde au moment du litige, et le gouvernement de la Californie. Cet État américain a mis en place une politique afin d'interdire les additifs d'essence MTBE dans les essences vendues dans l'État, car des études scientifiques avaient démontré qu'ils étaient nocifs pour l'environnement²⁶⁵. Methanex prétendait que cette interdiction interférait de façon substantielle avec son investissement et atteignait ses activités économiques aux États-Unis. Elle a donc soutenu qu'il s'agissait d'une expropriation allant à l'encontre des obligations prévues au chapitre 11 de l'ALÉNA²⁶⁶. Dans le jugement, l'investisseur accorde au gouvernement californien que le méthanol est un produit polluant et qu'il faut améliorer la façon de l'entreposer, mais il affirme qu'il n'y a pas de preuve scientifique qui démontrent que l'exposition au MTBE, à un degré raisonnable, est dangereuse pour la santé humaine²⁶⁷.

²⁶⁴ R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 946

²⁶⁵ T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 125; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 419

²⁶⁶ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 2-4

²⁶⁷ T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 125; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 419.

Malgré l'important impact économique que cette mesure gouvernementale a causé sur l'investissement de Methanex en Californie et l'interférence majeure que cela a eu sur ses parts de marchés aux États-Unis, le tribunal a conclu dans cette affaire que cette mesure n'équivalait pas à une expropriation²⁶⁸ et que les régulations ont été faites : « for a public purpose, [were] non-discriminatory and [were] accomplished with due process.»²⁶⁹ Les arbitres en sont venus à la conclusion que le libellé de l'article 1110 visait à interdire les expropriations découlant de régulations intentionnellement discriminatoires contre les investisseurs étrangers²⁷⁰.

De plus, le tribunal a soulevé que selon un principe général de droit international, une mesure gouvernementale non-discriminatoire adoptée dans l'intérêt du public et selon un processus légitime ne constitue pas une expropriation et ne donne pas ouverture à une compensation à moins qu'un engagement spécifique n'ait été donné par le gouvernement à un investisseur étranger qu'une telle régulation ne serait jamais mise en place²⁷¹. Le tribunal a aussi conclu, à l'encontre des prétentions de l'investisseur, qu'une perte de clientèle ou de parts de marché ne peut représenter à elle seule un droit de propriété protégé par l'article 1110²⁷².

²⁶⁸ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 6 à 18; R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 948

²⁶⁹ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 15

²⁷⁰ *Id.*, para. 7; R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 948

²⁷¹ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 7 et 9; R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 949.; J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 78-79

²⁷² *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 17; Cette conclusion se distance de celle de *Pope & Talbot* dans laquelle les arbitres étaient plus enclins à reconnaître que des parts de marché pouvaient représenter un investissement protégé par le chapitre 11 de l'ALÉNA : « *Access to the U.S. market is a property interest subject to protection under Article 1110 [...]* », *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 96

En l'espèce, le tribunal d'arbitrage a établi que la régulation du gouvernement californien n'était pas discriminatoire et que Methanex n'avait reçu aucun engagement de celui-ci pouvant lui laisser croire que ce marché demeurerait non-réglementé. La mesure bannissant les MTBE n'a donc pas enfreint l'article 1110 et n'a pas donné lieu à une compensation pour l'investisseur²⁷³.

Cette décision est une contribution importante au courant jurisprudentiel entourant les règles d'arbitrage de l'ALÉNA qui donne un plus grand pouvoir discrétionnaire aux États hôtes d'adopter des mesures régulatrices. L'affaire *Methanex* vient donc réaffirmer l'application de la doctrine du « police power », qui avait été rejetée par l'affaire *Metalclad*. Certains auteurs étudiant les litiges découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA sont d'avis que l'interprétation de l'article 1110 établi par le tribunal dans *Metalclad* est beaucoup trop large et qu'elle porte atteinte au pouvoir du gouvernement de protéger l'environnement et la santé publique²⁷⁴. C'est pourquoi plusieurs d'entre eux approuvent les conclusions de *Methanex* qui mettent de l'avant un test beaucoup plus approprié²⁷⁵.

Pour Howard Mann, chercheur au *International Institute for Sustainable Development*, la décision du tribunal dans *Methanex* renverse les conclusions de *Metalclad* et elle établit clairement la distinction entre une expropriation et une régulation

²⁷³ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 9-10; R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 949

²⁷⁴ J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 81-82

²⁷⁵ Voir entre autres Kara DOUGHERTY, « Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation » (2007) 27 *Nw. J. Int'l L. & Bus* 735, p. 746-747; Howard MANN, International Institute for Sustainable Development, *The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, 2005, en ligne : <http://www.iisd.org/pdf/2005/commentary_methanex.pdf> (site consulté le 11 novembre 2012), p. 6-7

gouvernementale valide²⁷⁶. L'analyse offerte par les arbitres dans *Methanex* permet de rétablir une interprétation plus juste de l'article 1110 en accord avec ce pourquoi il a été adopté, c'est-à-dire afin d'éviter de protéger les investisseurs contre des actions arbitraires du gouvernement²⁷⁷.

b) Critiques des conclusions des tribunaux d'arbitrage

En revanche, d'autres auteurs, qui défendent les bienfaits de l'article 1110 et qui se rangent plutôt du côté des conclusions de l'affaire *Metalclad*, ont tenté de démontrer que le renversement de *Metalclad* par *Methanex* n'est pas une évidence. En effet, on pourrait très bien distinguer les faits de ces deux décisions, ce qui expliquerait les conclusions différentes auxquelles en sont arrivés les arbitres. En effet, dans *Metalclad*, le tribunal a principalement centré son analyse sur l'engagement des autorités gouvernementales envers l'investisseur et sur les attentes de celui-ci qui ne pouvait raisonnablement prévoir qu'une mesure étatique viendrait lui interdire d'effectuer ses constructions²⁷⁸. Tandis que dans *Methanex*, l'investisseur est entré dans le marché américain conscient du risque de réglementation gouvernementale dans ce domaine. Contrairement à *Metalclad*, aucune promesse n'a été faite à *Methanex* par l'État pour que les activités de celles-ci soient libres de toutes régulations²⁷⁹. Ainsi, selon certains auteurs, ces différences factuelles expliqueraient les conclusions diamétralement opposées de ces deux décisions.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ K. DOUGHERTY, préc., note 275, p. 743

²⁷⁸ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 50

²⁷⁹ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 8 à 10, Voir aussi R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 951; J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 84

D'un autre côté, certains auteurs²⁸⁰ critiquent la faiblesse des conclusions des arbitres dans *Methanex* qui n'auraient pas jugé en respect avec le texte de l'article 1110. En effet, bien que ce jugement favorisant la protection des politiques publiques ait été bien reçu par la population, d'une perspective légale, cette décision est véritablement problématique²⁸¹. En effet, en interprétant la définition du terme « expropriation » comme excluant les mesures de régulations non-discriminatoires, adoptées dans le cadre d'un processus légitime et comportant un objectif d'intérêt public, les arbitres dans l'affaire *Methanex* sont venus évacuer le sens de l'article 1110 (1) qui prévoit spécifiquement que cette disposition s'applique à de telles mesures. Le texte de loi fait référence aux mesures mises en place « a) pour une raison d'intérêt public; (b) sur une base non discriminatoire; [et] (c) en conformité avec l'application régulière de la loi »²⁸². En respectant les critères établis par *Methanex*, les expropriations remplissant les conditions des alinéas (a), (b) et (c) de l'article 1110 (1) ne constitueraient pas de réelles expropriations et l'obligation de compensation de l'alinéa (d) ne pourrait donc jamais prendre effet²⁸³.

Ainsi, cette décision viendrait en quelques sortes enrayer les expropriations indemnisables du chapitre 11 de l'ALÉNA et un investisseur ne pourrait avoir un recours basé sur l'article 1110 que dans les cas d'expropriation complètement interdite²⁸⁴. Selon l'auteur Joshua Elcombe, malgré l'application d'une approche interprétative téléologique de l'accord, il est tout de même problématique d'en arriver à une interprétation qui vide

²⁸⁰ Notamment Joshua Elcombe ayant écrit sur le sujet dans la revue de droit de l'université de Toronto : J. ELCOMBE, préc., note 223

²⁸¹ *Id.*, p. 85

²⁸² ALÉNA, préc., note 13, Article 1110 (1)

²⁸³ J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 85

²⁸⁴ J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 85

de son sens une disposition. En incluant les critères énumérés à l'article 1110 (1), les négociateurs de l'ALÉNA avaient nécessairement l'intention que ceux-ci soient lus selon qu'ils puissent avoir un effet²⁸⁵.

En raison de l'absence de définition exacte de ce qui constitue une expropriation au sein des dispositions de l'ALÉNA, le tribunal dans *Methanex* s'est référé aux principes généraux du droit international pour circonscrire le champ d'application de l'article 1110. Or, même si cette disposition ne contient pas de définition exacte de ce terme, il comporte tout de même un ensemble de critères que le tribunal aurait pu prendre en compte dans son analyse. Selon Elcombe, l'inclusion de certains critères que le droit international ne considère généralement pas comme étant attribuables à de véritables expropriations est la preuve même que les négociateurs de l'ALÉNA ont sciemment fait le choix de s'engager contractuellement en dehors des règles de droit international coutumier. Selon l'auteur, ces règles seraient dans ce cas pertinentes à toute analyse d'une situation juridique découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA, mais ne devraient aucunement primer sur les termes contenus dans l'accord lui-même dans les cas où ceux-ci entreraient en conflit²⁸⁶.

c) L'état actuel du droit

Les conclusions opposées de ces deux importantes décisions n'éclairent donc pas la situation jurisprudentielle en matière d'expropriation et n'aident pas les États membres à prévoir les poursuites qui pourraient être prises à leur encontre. À la suite de l'affaire

²⁸⁵ *Id.*; Voir à ce sujet Jessica C. LAWRENCE, préc., note 260, p. 277-278

²⁸⁶ J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 85

Methanex, les décisions des tribunaux d'arbitrage concernant l'article 1110, soit *Fireman's Fund Insurance Company c. The United Mexican States*²⁸⁷, *Corn Products International, Inc. c. The United Mexican States*²⁸⁸ et *Glamis Gold Ltd. c. The United States of America*²⁸⁹, ont entretenu cette ambiguïté quant à l'interprétation adéquate de cette disposition. En effet, dans ces décisions postérieures à *Methanex*, les arbitres semblent avoir basé leur analyse sur celle développée par le tribunal dans cette dernière, c'est-à-dire en prenant en compte l'objectif de la mesure adoptée par le gouvernement pour évaluer s'il s'agit d'une expropriation interdite. Or, cette analyse semble avoir été complètement évacuée des conclusions finales de leurs jugements qui se basent plutôt sur les critères établis par *Metalclad*²⁹⁰ qui constituent en une analyse du quantum des dommages subis par l'investisseur pour déterminer s'il s'agit d'une interférence assez importante pour constituer une expropriation.

Ainsi, la jurisprudence actuelle ne semble pas être complètement fixée quant à l'approche à suivre pour interpréter les termes de l'article 1110. Les tribunaux ont donc le champ libre et leurs décisions pourraient très bien pencher en faveur de l'État ou en faveur de l'investisseur dépendamment des faits spécifiques à chaque cas. Ce flou juridique crée un environnement imprévisible pour les investisseurs, ainsi que pour l'État qui peut difficilement évaluer si une de ses politiques pourrait donner lieu à une poursuite par les entreprises affectées par celles-ci. Comme nous le verrons plus en détails dans

²⁸⁷ *Fireman's Fund Insurance Company c. The United Mexican States*, Award, Arbitral tribunal, 17 juillet 2006

²⁸⁸ *Corn Product International, Inc. c. The United Mexican States*, Award, Arbitral tribunal, 15 janvier 2008

²⁸⁹ *Glamis Gold Ltd. c. The United States of America*, Award, Arbitral tribunal, 8 juin 2009

²⁹⁰ J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 87-89

notre analyse de l'impact de l'article 1110 sur la démocratie, cette incertitude pourrait donc avoir comme conséquence d'entraver la libre capacité de l'État de légiférer, ce qui porterait certainement atteinte à la démocratie.

iii. Articles 1102 – 1103 : traitement national et traitement de la nation la plus favorisée

Les articles 1102 et 1103 représentent une composante importante du chapitre 11 de l'ALÉNA en ce qu'ils établissent un principe central à la majorité des traités sur les investissements²⁹¹, c'est-à-dire, l'interdiction de discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers. L'analyse de l'interprétation de ces dispositions par les tribunaux d'arbitrage est incontournable dans le cadre de toute étude relative au chapitre 11 de l'ALÉNA. Plus particulièrement, l'examen de l'article 1102 est essentiel à cette analyse puisque la plupart des requêtes déposées en vertu de ce chapitre ont inclus des allégations de violation aux obligations qu'il comporte²⁹². Ces articles ont comme objectif d'assurer que les entreprises étrangères provenant d'un État membre soient traitées sur un pied d'égalité avec les entreprises locales et avec les entreprises originaires de pays non-signataires. Ils se retrouvent dans la plupart des accords économiques internationaux et leur rôle principal est d'empêcher qu'un État membre ne prenne des mesures

²⁹¹« Ces clauses se retrouvent, à l'origine, utilisées principalement dans les traités commerciaux, et ce dès le XIIIe siècle. Elles ont été introduites rapidement dans les traités portant sur la protection des investissements. En matière commerciale, ces standards de traitement non discriminatoire ont été décrits comme étant des principes fondamentaux, piliers du système commercial multilatéral créé par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (GATT de 1947) ». Sylvie TABET, « Application de l'obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement : nouveaux problèmes à la lumière de la jurisprudence de l'OMC », dans Philippe KAHN et Thomas W. WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de droit international de La Haye, 2007, p. 353, aux pages 353-354

²⁹² Meg N. KINNEAR, Andrea K. BJORKLUND, John F.G. HANNAFORD, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2009, p. 1102-17b

protectionnistes qui pourraient désavantager les investisseurs d'une autre Partie par rapport aux investisseurs nationaux²⁹³.

L'article 1102 porte sur le traitement national et son premier alinéa se lit comme suit :

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements²⁹⁴.

²⁹³ Nicolas F. DIEBOLD, « Standards of Non-Discrimination in International Economic Law », (2011) 60 *Cambridge Journals* 831, p. 831-832

²⁹⁴ ALÉNA, préc., note 13, Article 1102. Le premier alinéa établit les conditions d'application de l'article. Le deuxième alinéa est semblable au premier, mais il s'applique aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie plutôt qu'aux investisseurs eux-mêmes :

« 2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. »

Le troisième alinéa établit que l'article s'applique au traitement accordé par les États ou les provinces d'une Partie :

« 3. Le traitement accordé par une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 signifie, en ce qui concerne un État ou une province, un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé par cet État ou cette province, dans des circonstances analogues, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la Partie sur le territoire de laquelle est situé l'État ou la province. »

Le quatrième alinéa précise certaines situations spécifiques :

« 4. Il demeure entendu qu'aucune des Parties ne pourra :

a) exiger d'un investisseur d'une autre Partie qu'il accorde à ses ressortissants une participation minimale dans une entreprise située sur son territoire, exception faite des actions nominales dans le cas des administrateurs ou fondateurs de sociétés; ou

b) obliger un investisseur d'une autre Partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement effectué sur le territoire de la Partie. »

L'article 1103 concerne le traitement de la nation la plus favorisée et son premier alinéa établit que :

«1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements»²⁹⁵.

Ces deux articles, centraux au chapitre 11, forment donc la base de l'interdiction comparative contre la discrimination pour les investisseurs²⁹⁶. L'accord contient également l'article 1104²⁹⁷ qui prévoit que l'État hôte se doit d'accorder aux investisseurs d'une autre Partie le traitement le plus favorable entre celui prévu à l'article 1102 et celui prévu à l'article 1103.

Comme dans la plupart des traités contenant de telles clauses²⁹⁸, les signataires de l'ALÉNA ont tout de même prévu certains domaines d'exceptions dans lesquels des mesures peuvent être prises par une Partie même si elle ne respecte pas les obligations des articles 1102 et 1103. Les annexes II²⁹⁹, III³⁰⁰ et IV³⁰¹ de l'accord font état des

²⁹⁵ ALÉNA, préc., note 13, Article 1103, alinéa 1. Le deuxième alinéa, comme pour l'article 1102, présente les mêmes conditions mais en ce qui concerne les investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie :

« 2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par les investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. »

²⁹⁶ T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », dans T. WEILER, préc., note 18, p. 28-29.

²⁹⁷ ALÉNA, préc., note 13, Article 1104; H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 25

²⁹⁸ S. TABET, préc. note, 291, p. 357

²⁹⁹ ALÉNA, préc., note 13, Annexe II: Réserves aux mesures ultérieures

³⁰⁰ *Id.*, Annexe III: Activités réservées à l'État

³⁰¹ *Id.*, Annexe IV: Exceptions au traitement de la nation la plus favorisée

secteurs d'activités économiques et sociales pour lesquelles un traitement préférentiel peut être accordé à certaines entreprises au détriment des investisseurs étrangers protégés par les dispositions de l'ALÉNA³⁰².

a) L'analyse du caractère discriminatoire d'une mesure par le tribunal

Le tribunal d'arbitrage saisi de l'affaire *Pope & Talbot*³⁰³ a développé une analyse en trois étapes permettant d'évaluer le caractère discriminatoire d'une mesure gouvernementale appliquée à l'encontre d'un investisseur étranger³⁰⁴. Bien que les libellés des articles 1102 et 1103 soient très similaires et qu'ils pourraient être interprétés pratiquement de la même façon, les tribunaux ont plutôt développé ce test par rapport à l'application de l'article 1102 puisque celui-ci a été plus souvent invoqué par les investisseurs se plaignant d'être victimes d'un traitement discriminatoire³⁰⁵. Ainsi, bien que l'analyse de ces deux dispositions se retrouve dans la jurisprudence relative aux tribunaux de l'ALÉNA, l'article 1102 sera le sujet principal de cette section portant sur l'application par les tribunaux de l'interdiction de discrimination à l'égard des investisseurs étrangers.

³⁰² Par exemple, chaque Partie s'est gardée une réserve en ce qui concerne les transports de l'air et les services sociaux. Voir à ce sujet M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-17a et 1102-17b

³⁰³ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229

³⁰⁴ T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 33; Todd WEILER, « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence : Coming Along Nicely », (2002) 9 *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 245, p. 265-266; T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 114

³⁰⁵ En effet, l'article 1103 a très peu été invoqué devant les tribunaux et dans les affaires où cette clause a été soulevée, comme dans *Pope & Talbot Inc. c. Canada* et *ADF c. The United States of America*, le tribunal a toujours rejeté son application, voir à ce sujet OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements, Documents de travail sur l'investissement international*, Septembre 2004, p. 17; M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1103-7

Dans son analyse de l'application de l'article 1102, un tribunal d'arbitrage doit, en premier lieu, identifier les entreprises qui peuvent être comparées avec l'investisseur demandeur³⁰⁶. Pour ce faire, il doit évaluer si les investisseurs et l'investisseur étranger affecté par la mesure opèrent « dans des circonstances analogues »³⁰⁷. L'interprétation de cette expression est centrale à l'ensemble des décisions des tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA. Toutefois, la jurisprudence n'est pas unanime à ce sujet et la mesure de comparaison des « circonstances analogues » n'a pas toujours été appliquée de la même manière par les tribunaux.

Comme nous le verrons plus en détail, deux courants jurisprudentiels se distinguent dans l'utilisation de cette mesure de comparaison. Dans certaines décisions, les « circonstances analogues » semblent être considérées par le tribunal comme une condition d'ouverture à l'application de l'article 1102. Ainsi, ce serait seulement après avoir conclu que les deux investisseurs, ayant supposément reçu des traitements différents, opèrent réellement dans des circonstances analogues que le tribunal évaluerait le traitement qui leur est accordé³⁰⁸. Tandis que dans d'autres décisions, les « circonstances analogues » ne semblent pas constituer une condition préalable dans l'analyse du tribunal, mais plutôt une exception. Une fois qu'un traitement différentiel a été établi entre des investisseurs présumés œuvrer dans des circonstances analogues, la question que le tribunal doit déterminer est de savoir si d'autres éléments, comme des

³⁰⁶ T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 33

³⁰⁷ Traduction de l'expression utilisée par les tribunaux d'arbitrage : « in like circumstances », *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 78; M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-19

³⁰⁸ M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-40a

politiques publiques, peuvent démontrer que les entreprises n'opèrent pas réellement dans les mêmes circonstances³⁰⁹.

Également, la détermination de quelles entreprises se comparent à l'investisseur qui allègue avoir subi une discrimination est importante pour déterminer le traitement auquel celui-ci aurait vraiment droit. En effet, le « traitement non moins favorable », auquel l'article 1102 fait référence, a été interprété par les tribunaux comme signifiant le meilleur traitement reçu par un investisseur national œuvrant dans des circonstances analogues³¹⁰.

Dans la seconde partie de son analyse, le tribunal doit comparer le traitement qu'a reçu un investisseur ou un investissement d'une autre Partie avec celui reçu par les investisseurs locaux, ou ceux provenant d'un État non-signataire, afin de déterminer si ces derniers profitent d'un traitement préférentiel³¹¹. En premier lieu, ce traitement doit être meilleur et non égal pour être considéré comme étant discriminatoire³¹². De plus, la disparité de traitement entre les investisseurs ne s'évalue pas en se basant sur la mesure elle-même, mais bien en examinant le résultat du traitement offert à un investisseur³¹³. Le tribunal réglant le litige doit donc concentrer son analyse sur l'impact qu'a la mesure sur l'investisseur pour établir si celui-ci a eu droit à un traitement préférentiel. Ainsi, l'État concerné ne peut se défendre en affirmant que le traitement n'est pas discriminatoire à sa

³⁰⁹ *Id.*, p. 1102-40b

³¹⁰ S. Tabet, préc. note, 291, p. 370

³¹¹ T. Weiler, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 33, T. Weiler, « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence : Coming Along Nicely », préc., note 304, p. 265-266

³¹² T. Weiler, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 28 à 30

³¹³ T. Weiler, « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence : Coming Along Nicely », préc., note 304, p. 267

face même ou qu'aucune preuve ne démontre l'intention des législateurs de discriminer sur la base de la nationalité. L'évaluation de la discrimination repose dans l'application de la mesure³¹⁴.

Finalement, le tribunal doit tenter de déterminer s'il existe une raison légitime pour justifier une disparité de traitement³¹⁵. Encore une fois, la jurisprudence n'est pas unanime sur la façon d'évaluer la légitimité de la mesure gouvernementale. Les tribunaux d'arbitrage n'ont pas précisé si le test à appliquer afin de déterminer si une politique gouvernementale est justifiée est de déterminer si elle est nécessaire par rapport au problème identifié et à la façon choisie pour le régler ou si cette mesure se justifie simplement par le lien rationnel qu'elle a avec un objectif politique légitime³¹⁶. La jurisprudence a étayé les trois composantes de ce test et a permis de préciser les éléments à prendre en considération dans cette analyse.

b) Interprétation jurisprudentielle

1. ***Premier courant : Les « circonstances analogues » comme exception à la discrimination***

(i) *S.D. Myers Inc. c. Canada*

Une des premières interprétations de ce qui constitue des « circonstances analogues » a été établie par le tribunal dans la décision *SD Myers Inc. c. Canada*³¹⁷. Cette société de l'Ohio, spécialisée dans le traitement et l'élimination de déchets d'un

³¹⁴ T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 34

³¹⁵ *Id.*, p. 37

³¹⁶ *Id.*, p. 38; S. TABET, préc. note, 291, p. 367

³¹⁷ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

produit chimique synthétique, le PCB, a déposé une requête en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA suite à la fermeture par le Canada de sa frontière pour l'exportation de déchets de BCP vers les États-Unis³¹⁸. L'entreprise américaine plaidait qu'il s'agissait d'une mesure protectionniste de la part du Canada, alors que le gouvernement canadien se défendait plutôt en disant qu'il s'agissait d'un régime de régulation environnemental applicable à l'ensemble de l'industrie³¹⁹.

En se basant sur les décisions de l'OMC et du GATT (AGTDC)³²⁰, le tribunal dans *S.D. Myers* a établi que le contexte légal dans lequel l'expression « circonstances analogues » apparaît est central à son interprétation³²¹. Celui-ci comprend l'ensemble des dispositions de l'ALÉNA et de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement. Selon les arbitres dans cette décision, les principes qui émanent de ce contexte sont les suivants :

« states have the right to establish high levels of environmental protection. They are not obliged to compromise their standards merely to satisfy the political or economic interests of other states; states should avoid creating distortions to trade; environmental protection and economic development can and should be mutually supportive »³²².

Selon cette interprétation du tribunal, cette expression devrait prendre en compte certaines circonstances qui pourraient justifier qu'un traitement différent soit accordé à certaines entreprises afin de protéger l'intérêt public. L'analyse du traitement différentiel

³¹⁸ *Id.*, para.88 à 121

³¹⁹ *Id.*, para. 240 à 242; Traduction de l'expression utilisée par les tribunaux d'arbitrage : « in like circumstances », M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-20

³²⁰ De l'anglais : General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)

³²¹ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 244-245; T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 32

³²² *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 247

entre ces entreprises devrait se faire par rapport à celles opérant dans le même « secteur », ce qui inclut, selon le tribunal, les concepts de secteur d'activités économiques et de secteur d'entreprises³²³.

En l'espèce, le tribunal a jugé que S.D. Myers œuvrait dans le même secteur d'entreprises que les autres entreprises canadiennes en comparaison desquelles elle alléguait recevoir un traitement moins favorable. En effet, ces entreprises étaient toutes des fournisseurs de services dans l'élimination de déchets de PCB et elles partageaient toutes un même groupe de clients qui auraient pu choisir l'une ou l'autre pour répondre à leurs besoins³²⁴.

Les arbitres dans cette affaire ont conclu qu'un certain degré de déférence devait être accordé au gouvernement pour lui permettre d'adopter des mesures protégeant l'environnement, mais que malgré leur objectif louable, celles-ci n'étaient pas à l'abri d'une plainte en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA³²⁵. Afin d'évaluer si une telle mesure est contraire à la norme du traitement national, le tribunal est d'avis que deux facteurs sont importants, soit si l'effet réel de la mesure est de favoriser les entreprises nationales au détriment des investisseurs étrangers et si la mesure apparaît à sa face même être conçue pour favoriser les nationaux³²⁶. Chacun de ces facteurs doit être pris en compte pour conclure à une discrimination aux termes de l'article 1102, c'est-à-dire l'intention

³²³ *Id.*, para. 250; Jürgen KURTZ, « National Treatment, Foreign Investment and Regulatory Autonomy: the Search for Protection or something more? » dans Philippe KAHN et Thomas W. WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de Droit international de La Haye, 2007, p. 340

³²⁴ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 251

³²⁵ M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-21

³²⁶ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 252

protectionniste derrière une mesure, ainsi que l'avantage disproportionné qui découle de son application³²⁷. En effet, l'intention peut être importante dans l'analyse du tribunal. Toutefois, le terme « traitement », utilisé dans le texte de l'accord, démontre que l'investisseur doit avoir subi un impact concret pour pouvoir se prévaloir des protections offertes par cette disposition³²⁸. Ainsi, l'intention discriminatoire ne sera pas pertinente à l'analyse si elle ne se traduit pas par une discrimination dans les faits³²⁹.

Dans l'affaire *S.D. Myers*, le Canada avait des raisons valables de mettre en place une telle mesure, notamment parce que le gouvernement désirait préserver la viabilité de l'industrie canadienne et s'assurer que le Canada continuerait de procéder à l'élimination de déchets de PCB dans le futur. Or, malgré le fait qu'il s'agissait d'une politique publique légitime, la façon utilisée par le Canada pour l'atteindre, soit d'interdire à S.D. Myers d'exporter le PCB vers les États-Unis, contrevenait à l'article 1102 et constituait une mesure protectionniste incompatible avec ses obligations découlant de l'ALÉNA³³⁰.

(ii) *Pope & Talbot c. Canada*

Dans la même lignée que *S.D. Myers*, l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*³³¹ est une importante décision interprétant les termes de l'article 1102. Dans cette affaire, une compagnie américaine de production de bois d'œuvre alléguait que le Canada avait contrevenu à ses obligations découlant de l'article 1102 de l'ALÉNA en mettant en place un régime de contrôle sur les exportations de bois d'œuvre imposant des quotas aux

³²⁷ J. KURTZ, préc., note 323, p. 341

³²⁸ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 253-254; J. KURTZ, préc., note 323, p. 340-341

³²⁹ S. TABEL, préc. note, 291, p. 365

³³⁰ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 255; S. TABEL, préc. note, 291, p. 359-360

³³¹ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229

entreprises opérant dans certaines provinces³³². Les producteurs œuvrant dans les provinces non affectées par la mesure étaient donc traités d'une façon plus favorable que ceux dont les activités étaient concentrées dans les provinces couvertes par le régime.

La question principale à laquelle le tribunal a tenté de répondre dans cette affaire est la même que celle sur laquelle se sont penchés les arbitres dans *S.D. Myers*, soit l'interprétation de ce qui se qualifie comme des « circonstances analogues »³³³. Le tribunal dans *Pope & Talbot* a établi que les « circonstances » dépendent, de par leur nature, du contexte dans lequel elles s'inscrivent. Le terme « analogue »³³⁴, quant à lui, peut être interprété de différentes façons, allant de circonstances similaires à des circonstances identiques³³⁵. Ainsi, le tribunal réitère les conclusions des arbitres dans la décision *S.D. Myers*, soit que l'interprétation de ces termes doit se faire à la lumière du contexte légal dans lequel ceux-ci sont insérés³³⁶ et que la première étape à passer pour évaluer ce contexte serait de comparer le traitement accordé à l'investisseur étranger avec celui accordé aux entreprises locales œuvrant dans le même secteur économique et dans le même marché³³⁷. Suite à cette analyse, si une différence de traitement est démontrée par l'investisseur, le fardeau de preuve sera transféré sur les épaules de la Partie ayant adopté la mesure. Le tribunal dans *Pope & Talbot* a laissé tomber le critère du « désavantage disproportionné » précédemment établi dans *S.D. Myers* et facilite la tâche

³³² *Id.*, para. 18-29

³³³ M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-23

³³⁴ Traduction du terme « like »

³³⁵ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 75

³³⁶ *Id.*, para. 76

³³⁷ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 78

des investisseurs étrangers en donnant ouverture à une plainte dès qu'une différence de traitement est démontrée³³⁸.

«Difference in treatment will presumptively violate Article 1102 (2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or *de facto*, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA»³³⁹.

Ainsi, selon le tribunal dans *Pope & Talbot*, aussitôt qu'une différence de traitement est établie, l'État responsable devra la justifier. La Partie devra démontrer que le traitement différentiel a un lien raisonnable avec une politique publique rationnelle et que ce traitement n'est pas appliqué pour des raisons protectionnistes³⁴⁰. C'est ce que le tribunal dans *Pope & Talbot* qualifie d'analyse des « circonstances analogues ». Si des raisons valables justifient la différence de traitement, cela signifie que les investisseurs ne sont probablement pas dans des circonstances analogues³⁴¹. Les circonstances analogues sont donc utilisées, dans l'approche développée par le tribunal dans *Pope & Talbot*, à titre d'exception à l'application de l'article 1102³⁴².

En l'espèce, les arbitres ont conclu que le Canada n'avait pas violé l'article 1102. Les décisions du gouvernement étaient basées sur des objectifs réels et raisonnables et n'étaient pas motivées par des buts protectionnistes, surtout qu'une multitude d'entreprises canadiennes étaient elles-mêmes affectées par la politique adoptée par le

³³⁸ J. KURTZ, préc., note 323, p. 345

³³⁹ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 78

³⁴⁰ Ce dernier élément du test développé dans la décision *Pope & Talbot* repose sur deux concepts fondamentaux en droit international, soit la prudence et le principe de bonne foi. Voir à ce sujet T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 37-38

³⁴¹ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 79; M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-24, 1102-25

³⁴² T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 37

Canada³⁴³. Par ailleurs, le gouvernement canadien a su démontrer que les différences de traitement entre les investisseurs s’expliquaient également par le fait que les entreprises touchées n’opéraient pas dans des « circonstances analogues » et qu’il était justifié de leur appliquer des quotas et des frais d’exportation différents³⁴⁴.

2. Deuxième courant : les « circonstances analogues » comme conditions d’ouverture de l’article 1102

Les tribunaux d’arbitrage de l’ALÉNA semblent avoir adopté une autre approche pour l’application des « circonstances analogues » énoncées à l’article 1102. Dans plusieurs décisions, le tribunal a considéré que pour conclure à une violation de cette disposition, l’investisseur doit établir qu’il est traité différemment des entreprises œuvrant dans des circonstances semblables. C’est un élément essentiel du fardeau de preuve du demandeur qui doit être démontré afin qu’un investisseur puisse se prévaloir du droit à une compensation pour non-respect d’une Partie aux obligations de l’accord.

La décision *ADF Corp. c. The United States of America*³⁴⁵ participe à ce courant jurisprudentiel. Dans cette affaire, ADF Corp., une entreprise canadienne fournissant des matériaux d’acier pour la construction d’une autoroute en Virginie aux États-Unis, s’est opposée à une mesure prise par le gouvernement américain, le « Buy America Act » imposant aux entreprises d’utiliser de l’acier provenant des États-Unis³⁴⁶. L’analyse du tribunal concernant la violation de l’article 1102 a débuté avec l’identification des entreprises comparables à l’investisseur, soit celles étant dans des circonstances

³⁴³ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 85 à 95

³⁴⁴ *Id.*

³⁴⁵ *ADF Group Inc. c. The United States of America*, Award, Arbitral tribunal, 9 janvier 2003

³⁴⁶ *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345, para. 47 à 55

analogues. Les arbitres se sont entendus pour que la comparaison soit effectuée entre l'investissement d'ADF Corp., soit l'acier qu'il utilise aux États-Unis, et l'investissement des entreprises américaines, soit l'acier qu'elles utilisent et qui provient des États-Unis³⁴⁷. Après avoir établi quelles étaient les entreprises à comparer, le tribunal a évalué le traitement accordé à leur investissement et a conclu que les investisseurs dans des circonstances semblables étaient tous traités de la même façon³⁴⁸. Ainsi, selon cette décision, la mesure de comparaison que constituent les « circonstances analogues » est la première étape par laquelle le tribunal doit passer pour évaluer si une Partie a contrevenu aux obligations de l'article 1102.

Les décisions *GAMI c. The United Mexican States*³⁴⁹ et *Methanex Corporation c. The United States of America* vont dans le même sens. Dans *GAMI*, l'investisseur n'a pas réussi à démontrer qu'il pouvait être considéré comme étant dans des circonstances analogues aux investisseurs dont il prétendait être traité différemment. Ainsi, il était normal que ces entreprises puissent être traitées de façon différente. *GAMI* n'a donc pas réussi à remplir son fardeau de preuve et le gouvernement mexicain n'a rien eu à démontrer³⁵⁰.

Dans la même lignée, dans l'affaire *Methanex*, l'investisseur, un producteur de méthanol, a tenté de se comparer à des producteurs locaux d'éthanol afin d'établir qu'il était traité d'une façon moins favorable que ceux-ci et qu'il était donc victime de

³⁴⁷ *Id.*, para. 155

³⁴⁸ *Id.*, para. 157-158

³⁴⁹ *Gami c. The United Mexican States*, Final Award, Arbitral Tribunal, 15 novembre 2004

³⁵⁰ *Id.*, para. 114

discrimination conformément à l'article 1102 de l'ALÉNA. Or, le tribunal a conclu que cette comparaison ne tenait pas la route et que les entreprises avec lesquelles l'investisseur pouvait réellement se comparer étaient les producteurs locaux de méthanol, lesquels étaient traités de la même façon que lui³⁵¹.

3. *État actuel du droit*

Ces décisions, qui ont suivi les premiers jugements sur le sujet, soit *Pope & Talbot* et *S.D. Myers*, dénotent un courant jurisprudentiel appliquant les termes de l'article 1102 de façon un peu plus rigide. Cette interprétation plus restrictive de cette disposition et l'imposition au plaignant de faire la preuve préalable des « circonstances analogues » afin de faire valoir une demande en dommages à l'encontre d'une mesure gouvernementale semble avantager les Parties à l'accord et rendre le processus un peu plus difficile pour les investisseurs. Toutefois, la plupart des décisions ont en majorité interprété le terme « circonstances analogues » comme représentant simplement un même « secteur », permettant alors à l'investisseur de se décharger de son fardeau de preuve assez facilement. Il appartient dès lors à la Partie impliquée de démontrer que cette différence de traitement n'est pas discriminatoire³⁵².

L'intention des rédacteurs de l'ALÉNA en insérant l'article 1102 dans le texte de l'accord était probablement de protéger les investisseurs contre des mesures protectionnistes que les gouvernements locaux peuvent prendre pour aider leurs

³⁵¹ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV, chap. B, para. 3 et 17 à 23

³⁵² Comme il a été établi, par exemple, dans *Pope & Talbot* et dans *S.D. Myers*; Fernando GONZALEZ ROJAS, *The Notion of Discrimination in Article 1102 of NAFTA*, Jean Monnet Chair, NYU School of Law, New York, NY 10012, 2005, p. 15

industries³⁵³. On pourrait donc croire que ce ne sont pas toutes les actions gouvernementales, dont le résultat créerait un traitement moins favorable pour certains investisseurs œuvrant dans des domaines similaires, qui devraient être considérées comme discriminatoires. On pourrait penser que l'investisseur, afin de démontrer une violation de l'article 1102, devrait faire au moins une preuve minimale d'intention protectionniste de la part du gouvernement en question³⁵⁴. Toutefois, le fardeau de preuve de l'investisseur ne contient pas un tel élément.

Le tribunal, dans *Feldman c. The United Mexican States*³⁵⁵, a d'ailleurs confirmé cette interprétation de l'article 1102. Selon les arbitres, rien dans le libellé de l'article n'indique qu'il faut démontrer une intention protectionniste. Au contraire, cette disposition suggère, selon eux, qu'il suffit de démontrer qu'un investisseur étranger a subi un traitement moins favorable qu'un investisseur local opérant dans les mêmes circonstances. Même si aucune discrimination n'est a priori apparente, la différence de traitement sera présumée résulter de la nationalité du requérant, à moins que le gouvernement impliqué ait réussi à en faire la preuve contraire³⁵⁶. Dans *Feldman*, le silence du Mexique a suffi aux arbitres pour que ceux-ci arrivent à la conclusion que cet État n'avait pas réussi à renverser son fardeau de preuve³⁵⁷.

³⁵³ N. F. DIEBOLD, préc., note 293, p. 831-832

³⁵⁴ Ari AFILALO, « Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-) Construction of NAFTA Chapter 11 », (2005) 25 *NW. J. Int'l L. & BUS.* 279, 304-305

³⁵⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. The United Mexican States*, Award, Arbitral tribunal, 16 décembre 2002

³⁵⁶ *Id.*, para 181; S. TABET, préc. note, 291, p. 358

³⁵⁷ T. WEILER, « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming Along Nicely », préc., note 304, p. 268; J. KURTZ, préc., note 323, p. 348

Par ailleurs, il est important de préciser que le fait qu'un seul investisseur local soit traité d'une façon plus avantageuse qu'un investisseur étranger pourrait être suffisant pour constituer une violation à l'article 1102, même si ce n'est pas nécessairement toujours le cas³⁵⁸. Également, le fait que d'autres investisseurs étrangers ne soient pas désavantagés par une mesure ayant pour effet d'appliquer un traitement défavorable à un seul investisseur étranger ne sera pas un obstacle à une plainte de ce dernier devant les tribunaux de l'ALÉNA. L'absence d'autres investisseurs étrangers désavantagés pourra néanmoins être un argument en faveur de l'État pour démontrer que l'objectif de la politique gouvernementale n'est pas de favoriser les entreprises locales³⁵⁹.

Plusieurs autres jugements des tribunaux d'arbitrage sont venus étoffer la jurisprudence sur le sujet, notamment *United Parcel Service of America c. Canada*³⁶⁰, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. The United Mexican States*³⁶¹, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*³⁶² et *Corn Product International, Inc. c. The United Mexican States*³⁶³. À la lumière de notre analyse de ces décisions, il est clair que celles-ci ne permettent pas de déterminer un test précis quant à l'application des articles 1102 et 1103. L'analyse du tribunal varie selon les faits relatifs à chaque cas et le fardeau de preuve imposé à l'État n'est pas le même d'une décision à l'autre³⁶⁴. Tant que les termes

³⁵⁸ S. TABEL, préc. note, 291, p. 385-386

³⁵⁹ *Id.*, p. 385-386

³⁶⁰ *United Parcel Service of America c. Canada*, préc., note 102

³⁶¹ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. The United Mexican States*, Award, Arbitral tribunal, 21 novembre 2007

³⁶² *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*, préc., note 91

³⁶³ *Corn Product International, Inc. c. The United Mexican States*, préc., note 288

³⁶⁴ S. TABEL, préc. note, 291, p. 364

de ces dispositions demeureront inchangés et à moins que la jurisprudence arbitrale se cristallise éventuellement sur une position précise, une incertitude subsistera quant à leur application et les investisseurs étrangers pourront continuer à s'en prévaloir à leur avantage.

Cette interdiction de discrimination existe depuis longtemps en droit international pour protéger les investisseurs étrangers contre les politiques protectionnistes des gouvernements locaux. Toutefois, un nouveau standard est venu renforcer cette protection en imposant un seuil minimal de traitement aux gouvernements locaux, et ce, peu importe la façon dont ceux-ci traitent leurs investisseurs locaux³⁶⁵. Cette norme a été codifiée à l'article 1105 de l'ALÉNA.

iv. Article 1105 : norme minimale de traitement

Le premier alinéa de l'article 1105 se lit comme suit :

« 1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. »³⁶⁶

³⁶⁵ T. WEILER, « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming Along Nicely », préc., note 304, p. 40

³⁶⁶ ALÉNA, préc., note 13, Article 1105. Les deux alinéas suivants prévoient :

« 2. Sans préjudice du paragraphe 1, chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie, et aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra relativement aux pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'article 1102 si ce n'était de l'alinéa 1108(7)(b). »

L'origine d'une telle disposition provient du standard général du droit international qui condamne les actions malicieuses ou discriminatoires et qui reconnaît que la bonne foi doit gouverner les rapports entre les parties³⁶⁷. Cette protection offerte aux investisseurs permet de palier aux lacunes des articles 1102 et 1103 qui préviennent la discrimination nationale envers les investisseurs étrangers, mais qui n'empêcheraient pas un État de traiter les investisseurs nationaux et étrangers de façon injuste³⁶⁸. Contrairement aux normes de traitement prévues aux articles 1102 et 1103, celle établie par l'article 1105 n'est pas relative, elle est absolue³⁶⁹. Il s'agit d'un standard minimal que l'État doit respecter peu importe la façon dont il traite les autres acteurs économiques œuvrant dans le même domaine.

a) Interprétation du « traitement juste et équitable »

Comme plusieurs autres termes utilisés par les rédacteurs de l'ALÉNA, l'expression « juste et équitable » n'est pas définie dans le texte de l'accord³⁷⁰. Ces mots doivent donc être interprétés conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, soit suivant leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'accord³⁷¹. Lorsque l'interprétation donnée selon l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable, l'article 32 de la Convention prévoit qu'il peut être fait appel à des

³⁶⁷ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 32; Rudoff DOLZER, « Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties », (2005) 39 *Int'l Law.* 87, p. 90

³⁶⁸ Ibrahim F.I SHIATA, *Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 78-79

³⁶⁹ Ian A. LAIRD, « Betrayal, shock and outrage – recent developments in NAFTA Article 1105 » dans T. WEILER (dir.), préc., note 18, p. 50

³⁷⁰ Courtney C. KIRKMAN, « Fair and equitable treatment : Methanex v. United States and the narrowing scope of NAFTA Article 1105 », (2002) 34 *Law and Policy in International Business* 343

³⁷¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 207, Article 31

moyens d'interprétation complémentaires, tels que les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu³⁷². Cependant, les travaux préparatoires de l'ALÉNA sont limités et ne sont pas d'une grande aide dans l'interprétation des termes de l'article 1105³⁷³.

L'expression « traitement juste et équitable » est insérée dans plusieurs traités bilatéraux d'investissements, mais l'étendue de sa définition n'a jamais été clairement définie³⁷⁴. Le principal débat entourant l'interprétation de ces termes tourne autour de la question à savoir si un traitement juste et équitable est limité au standard minimal de traitement du droit international ou s'il s'agit plutôt d'une norme indépendante qui donne un droit additionnel au droit international³⁷⁵.

En ce qui concerne la référence au standard du droit international que l'on retrouve dans l'article 1105, les termes de cette disposition prévoient seulement que le traitement accordé par chaque partie aux investissements doit y être conforme, sans préciser la nature de ce standard. Par ailleurs, le premier alinéa de l'article 1131 de l'ALÉNA, qui porte sur le droit applicable à l'accord, établit que : « Un tribunal institué en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international »³⁷⁶. Ainsi, une lecture combinée

³⁷² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 207, Article 32

³⁷³ C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 367

³⁷⁴ Rudolf DOLZER et Margaret STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer Law International, The Hague, 1995, p. 58

³⁷⁵ C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 367; Susan D. FRANCK, «The Legitimacy Crisis Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions», (2005) 73 *Fordham Law Review* 1521, p. 1575-1576

³⁷⁶ ALÉNA, préc., note 13, Article 1131

de ces deux dispositions donne une importante discrétion à chaque tribunal d'arbitrage qui doit identifier si une règle de droit international « applicable » a été enfreinte³⁷⁷ et si cette infraction constitue réellement un traitement injuste et inéquitable conformément à l'article 1105³⁷⁸.

b) L'évolution de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1105

Les tribunaux destinés à régler les différends découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA se sont penchés sur l'interprétation controversée de ce que constitue un traitement juste et équitable. Ils ont dû tenter de trancher entre l'interprétation plus libérale défendue par les investisseurs désirant élargir la protection de leurs intérêts économiques et l'interprétation plus restrictive mise de l'avant par les États signataires.

1. L'approche du « plain meaning » : en faveur des investisseurs

(i) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*

La première décision à avoir été rendue en faveur d'un investisseur en vertu de l'article 1105 est *Metalclad Corporation c. The United Mexican States*³⁷⁹. Comme nous l'avons résumé précédemment dans notre analyse de l'article 1110, le tribunal en rendant son jugement dans cette affaire a donné raison à cette entreprise américaine qui avait acheté un terrain afin de construire une usine d'élimination des déchets dangereux et qui n'a jamais pu mettre ses plans à exécution car la municipalité a refusé de lui fournir les

³⁷⁷ Todd WEILER, « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming Along Nicely », préc., note 304, p. 257

³⁷⁸ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, p. 65-66

³⁷⁹ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209; OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, Documents de travail sur l'investissement international*, (Septembre 2004), en ligne : <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/34327194.pdf>> (site consulté le 30 mai 2012), p. 23-24

permis nécessaires à la construction³⁸⁰. En plus de conclure à l'expropriation par le gouvernement mexicain de l'investissement de Metalclad Corporation, le tribunal a également jugé que le refus de la municipalité d'émettre le permis de construction constituait une infraction à l'obligation de traitement juste et équitable³⁸¹.

Plusieurs actions de l'État mexicain ont été considérées comme une atteinte aux droits prévus à l'article 1105 de l'ALÉNA. D'abord, malgré le fait qu'un permis municipal était nécessaire afin de procéder aux plans de construction de l'entreprise, le tribunal a jugé que la ville a excédé ses pouvoirs en basant son refus de délivrer un tel permis sur des objectifs environnementaux dont la régulation était plutôt de compétence fédérale³⁸².

La principale violation de l'article 1105 soulevée par le tribunal dans cette décision réside dans le fait que le Mexique n'a pas pu assurer un cadre transparent et prévisible au sein duquel les investissements de Metalclad devaient prendre place³⁸³. La transparence est un concept central à la protection offerte par l'ALÉNA envers les investisseurs et est énumérée à l'article 102 (1) dans le chapitre de l'accord qui introduit les dispositions générales et plus précisément les objectifs de celui-ci³⁸⁴. Dans son analyse de ce que renferme l'obligation de transparence, le tribunal écrit :

³⁸⁰ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 105 à 111

³⁸¹ *Id.*, para.101 et 104

³⁸² *Id.*, para. 86

³⁸³ *Id.*, para. 99; R. DOLZER, préc., note 367, p. 97

³⁸⁴ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 76; ALÉNA, préc., note 13, Article 102 :

« The idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters »³⁸⁵.

En l'espèce, dès l'achat par Metalclad du terrain pour construire son usine et selon les rapports que l'entreprise a entretenus avec le gouvernement fédéral mexicain, celle-ci avait toutes les raisons de croire qu'elle pourrait mener son projet à terme et que si un permis municipal était requis, la ville n'aurait aucune base légale pour en refuser la délivrance³⁸⁶. Or, la municipalité a bel et bien exigé que Metalclad se dote d'un permis pour effectuer de telles activités sur son territoire et a refusé d'en émettre un pour la

« 1. Les objectifs du présent accord, définis de façon plus précise dans ses principes et ses règles, notamment le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, consistent

a) à éliminer les obstacles au commerce des produits et des services entre les territoires des Parties et à faciliter le mouvement transfrontières de ces produits et services;

b) à favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange;

c) à augmenter substantiellement les possibilités d'investissement sur les territoires des Parties;

d) à assurer de façon efficace et suffisante la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle sur le territoire de chacune des Parties;

e) à établir des procédures efficaces pour la mise en œuvre et l'application du présent accord, pour son administration conjointe et pour le règlement des différends; et

f) à créer le cadre d'une coopération trilatérale, régionale et multilatérale plus poussée afin d'accroître et d'élargir les avantages découlant du présent accord.

2. Les Parties interpréteront et appliqueront les dispositions du présent accord à la lumière des objectifs énoncés au paragraphe 1 et en conformité avec les règles applicables du droit international. »

³⁸⁵ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 76

³⁸⁶ *Id.*, para. 80 à 89

construction de son usine. Cette décision, qui ne se base, selon le tribunal, sur aucune raison légitime³⁸⁷, fut prise à une assemblée municipale de la ville à laquelle Metalclad n'a eu aucune opportunité de faire entendre sa position puisqu'elle n'a pas été avisée qu'une réunion se tenait pour discuter de la délivrance de son permis³⁸⁸. Selon le panel d'arbitres, il y a eu d'importantes déficiences dans le processus décisionnel et l'exclusion de l'investisseur des réunions municipales constitue un déni du droit d'être entendu³⁸⁹.

Ainsi, dans cette première décision concernant l'obligation de traitement juste et équitable, le tribunal s'est basé sur la raison fondamentale de l'existence des traités sur les investissements, soit l'obligation pour les États signataires de fournir un environnement prévisible et certain afin d'attirer les investisseurs étrangers³⁹⁰. La norme minimale de traitement a été interprétée en concordance avec l'approche du sens ordinaire (« plain meaning ») par les arbitres qui ont considéré que l'absence de règles claires, le manque de transparence et l'atteinte aux attentes raisonnables que Metalclad pouvait se faire quant à son investissement au Mexique constituaient des violations de l'article 1105 de l'ALÉNA³⁹¹.

Cette approche du sens ordinaire des mots a été plaidée par la plupart des investisseurs étrangers voulant obtenir une compensation d'un État membre de l'ALÉNA en vertu de l'article 1105. Selon cette interprétation, le principe du traitement juste et

³⁸⁷ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 92, I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 59

³⁸⁸ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209, para. 91

³⁸⁹ *Id.*, para. 97

³⁹⁰ I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 59

³⁹¹ *Id.*, p. 58-59

équitable, appliqué dans son sens littéraire, formerait un standard indépendant de la norme minimale internationale et devrait être analysé subjectivement selon la situation³⁹². Cette interprétation offrirait donc une protection beaucoup plus vaste que celle du droit international³⁹³ et c'est pour cette raison que les entreprises comme Metalclad ont plaidé en faveur de son application.

Suite à cette première analyse de l'article 1105 de l'ALÉNA dans l'affaire *Metalclad*, qui présageait un courant jurisprudentiel favorable aux investisseurs, cette approche interprétative a été en partie contredite par la révision qu'en a faite la Cour suprême de la Colombie-Britannique³⁹⁴. En effet, une loi de cette province, le *International Commercial Arbitration Act*³⁹⁵ permet à un tribunal de la Colombie-Britannique de réviser une décision d'un tribunal d'arbitrage lorsque le siège de celui-ci se situe dans son territoire. Ainsi, la décision *Metalclad*, entreprise dont le siège se situait à Vancouver, a été révisée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui est venue à la conclusion que les arbitres ont erré en incluant le principe de transparence de l'article

³⁹² Roland KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 69; I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 56

³⁹³ Howard MANN, « British Treaties for the Formation and Protection of Investment », (1981) 24 *BYIL* 244, p. 244

³⁹⁴ La révision des décisions des tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA est un sujet controversé. En effet, si les signataires ont choisi d'inclure l'arbitrage international dans l'accord, ce n'est certainement pas pour voir les décisions des tribunaux spécialisés être renversées par un juge siégeant dans un tribunal domestique. La révision de la décision *Metalclad* par la Cour suprême de la Colombie-Britannique aurait pu instaurer un précédent qui aurait sans doute miné la popularité du Canada comme choix de siège pour les prochaines disputes. Les principaux arguments sur lesquels se sont basés les Parties qui ont tenté de faire réviser des décisions sont l'excès de juridiction des tribunaux d'arbitrage et le fait que leurs décisions étaient contraires à l'ordre public et ne devaient pas être exécutées par la Cour. Or, la révision de *Metalclad* s'est avérée un cas exceptionnel, comme le démontre le rejet par les tribunaux des demandes de révisions des jugements *The United Mexican States v. Marvin Roy Feldman Karpa* [2003] O. J. No. 5070 (Ont. Sup. Ct. J.) et *Attorney General of Canada v. S.D. Myers, Inc.* [2004] FC 38 (F.C. T.D.), ainsi que la grande déférence qui a été donnée aux tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA. Voir à ce sujet Rajeev SHARMA, « NAFTA Chapter 11 Rulings Get The Respect They Deserve (Finally) », (2004) 1 *The Corporate Lawyer & Advisor* 28, p. 28 à 31

³⁹⁵ *International Commercial Arbitration Act*, [RSBC 1996] Chapter 233

102 (1) de l'ALÉNA dans les obligations sous-jacentes du traitement juste et équitable de l'article 1105. Selon le juge canadien, la transparence ne constitue pas une obligation créatrice de droits légaux et le tribunal a donc excédé ses pouvoirs et jugé au-delà des limites de la soumission à l'arbitrage en incorporant ce principe dans son analyse³⁹⁶.

(ii) *S.D. Myers Inc. c. Canada*

Quelque mois après que la décision du tribunal d'arbitrage dans *Metalclad* fut rendue, un autre panel d'arbitres est parvenu à des conclusions pratiquement semblables dans l'affaire *S.D. Myers*³⁹⁷. Le tribunal a jugé que la discrimination faite intentionnellement par le gouvernement canadien envers S.D. Myers Inc. au profit des entreprises canadiennes constituait une violation des obligations internationales du Canada, et par le fait même, une atteinte à l'article 1105 de l'ALÉNA³⁹⁸. Dans cette décision, les arbitres ont tenté d'apporter certaines précisions au champ d'application du traitement juste et équitable :

The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case³⁹⁹.

³⁹⁶ *The United Mexican States v. Metalclad Corp.*, [2001] BCSC 664, para. 72

³⁹⁷ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

³⁹⁸ *Id.*, para. 266: « *The breach of Article 1102 essentially establishes a breach of Article 1105 as well* ». Voir à ce sujet Todd WEILER, « A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, inc. v. Canada: It is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection* », (2001) 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, p. 184

³⁹⁹ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 263

Cette interprétation du tribunal semble s'éloigner un peu de l'interprétation textuelle et plutôt pencher en faveur des États en imposant aux investisseurs de faire la preuve d'un comportement injuste ou arbitraire de la part du gouvernement. Le tribunal a également précisé dans cette décision qu'une violation d'une règle de droit international ne sera pas nécessairement considérée comme une atteinte au traitement juste et équitable, mais pourrait fortement peser en faveur d'une telle conclusion⁴⁰⁰, surtout lorsqu'il s'agit d'actions gouvernementales discriminatoires⁴⁰¹.

(iii) *Pope & Talbot c. Canada*

Les tribunaux de l'ALÉNA sont retournés vers l'approche du « plain meaning » dans la décision *Pope & Talbot c. Canada*⁴⁰². Cette affaire opposait le gouvernement canadien à une compagnie américaine œuvrant en Colombie-Britannique qui plaidait que le Canada avait failli à ses obligations découlant des articles 1102, 1105 et 1110 de l'ALÉNA en implantant des mesures de contrôle de l'exportation du bois d'œuvre. Dans cette affaire, le gouvernement canadien a tenté de plaider en faveur d'une interprétation plus étroite de l'article 1105 en affirmant qu'une violation à cette disposition devait se traduire par une conduite intentionnelle de la part d'un État⁴⁰³. Bien que le Canada ait tenté de convaincre les arbitres que la définition d'un traitement équitable était calquée sur le principe traditionnel d'équité en droit coutumier et se limitait au standard minimal de traitement des étrangers prévu par le droit international coutumier, ceux-ci ont plutôt

⁴⁰⁰ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 264

⁴⁰¹ I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 61; OCDE, préc., note 379, p. 24-25; Christoph SCHREUER, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », (2005) 6 *The Journal of World Investment & Trade* 357, p. 362

⁴⁰² *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229; OCDE, préc., note 379, p. 25-26

⁴⁰³ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 108; C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 353

laissé la porte ouverte à une interprétation plus libérale⁴⁰⁴. En effet, dans son analyse de l'article 1105 la Cour s'est basée sur les multiples traités bilatéraux sur les investissements ratifiés par les États-Unis et par d'autres pays qui semblent inclure des éléments d'équité allant au-delà du standard minimal du droit international coutumier et qui permettraient donc une plus grande protection pour les investisseurs⁴⁰⁵. Le traitement juste et équitable serait un droit en soi, selon le tribunal, et ses éléments d'équité s'additionneraient au traitement minimal conforme au droit international⁴⁰⁶.

Ainsi, par cette nouvelle interprétation de la norme de traitement minimal du chapitre 11 de l'ALÉNA, les tribunaux d'arbitrage ont rejeté l'approche du gouvernement canadien, et par le fait même l'approche des arbitres dans la décision *S.D. Myers*, qui tentait de réduire les effets de l'article 1105 en imposant une limite à son champ d'application, soit l'exigence d'une conduite intentionnelle ou la présence d'éléments de mauvaise foi de la part de l'État signataire⁴⁰⁷. Au contraire, le tribunal dans *Pope & Talbot* a plutôt adopté une interprétation qui se rapproche du « plain meaning » et qui rejette tout seuil additionnel qui pourrait être appliqué à l'évaluation des mesures, comme l'exigence d'un comportement manifeste ou malicieux. Il élargit également la protection offerte aux investisseurs en leur faisant bénéficier d'un traitement équitable selon les standards ordinaires applicables dans les pays de l'ALÉNA⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 108 à 110

⁴⁰⁵ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para.110-111

⁴⁰⁶ D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 407

⁴⁰⁷ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 116 à 118, David A. GANTZ, « Potential Conflicts between Investor Rights and Environmental Regulation Under NAFTA's Chapter 11 », (2001) 33 *Geo. Wash. Int'l. Rev.* 651, p. 699-700

⁴⁰⁸ I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 65

2. Tentative des Parties de réduire le champ d'application de l'article 1105

Suite à ces décisions interprétant de façon très large l'article 1105, les États signataires ont tenté de clarifier la définition du standard minimal de traitement et de réduire l'application de cette disposition⁴⁰⁹. C'est ainsi que le 31 juillet 2001, les Ministres du commerce international de chaque Partie, qui selon l'article 2001 (2) c⁴¹⁰ forment la Commission du libre-échange de l'ALÉNA⁴¹¹ habilitée à statuer sur les litiges relatifs à l'interprétation ou l'application des dispositions de l'accord, se sont rencontrés afin de donner des lignes directrices aux tribunaux dans leur interprétation de l'article 1105. La note d'interprétation se lit comme suit :

«1. L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers.

3. La 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 ait eu violation de l'article 1105 (1)»⁴¹².

Les Parties se sont donc entendues pour que le standard minimal de traitement accordé par cette disposition soit interprété en concordance avec la norme du droit international coutumier et qu'aucun traitement additionnel ne soit requis. Cette interprétation est en

⁴⁰⁹ I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 66

⁴¹⁰ ALÉNA, préc., note 13, Article 2001 (2) c)

⁴¹¹ De l'anglais : Free Trade Commission (FTC)

⁴¹² MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, Commission du libre-échange de l'ALENA, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>> (site consulté le 14 novembre 2012)

quelques sortes venue renverser les conclusions du tribunal dans *Pope & Talbot*, qui ajoutait des éléments d'équité au standard minimal international⁴¹³.

La norme minimale de traitement du droit international coutumier a été établie en 1926 dans l'affaire *Neer*⁴¹⁴. Dans cette décision, une plainte avait été faite par les États-Unis au nom de la famille de Paul Neer, décédé au Mexique dans des circonstances douteuses, à la Commission des réclamations générales États-Unis – Mexique concernant le manque de diligence du gouvernement mexicain dans la poursuite des présumés responsables de la mort de Neer. Cette Commission s'est penchée sur la norme minimale internationale relative au traitement des étrangers et a conclu que pour constituer une violation au droit international, le traitement doit :

« relever de l'atteinte à la dignité, de la mauvaise foi, du défaut délibéré de se conformer à ses obligations ou de l'insuffisance de l'action gouvernementale, à un niveau tellement inférieur aux normes internationales, que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait immédiatement cette insuffisance.»⁴¹⁵

[TRADUCTION]

À la suite de la publication de cette note d'interprétation, les décisions des tribunaux d'arbitrage se sont rapprochées des principes du droit international coutumier en matière de traitement des étrangers, mais n'ont pas complètement adhéré aux conclusions de la décision *Neer*⁴¹⁶.

⁴¹³ C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 390; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 413

⁴¹⁴ *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. The United Mexican States*, [1926] 4 R.I.A.A. 60; I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 57

⁴¹⁵ *Id.*, para. 4; Traduction d'une citation prise dans OCDE, préc., note 379, p. 10

⁴¹⁶ OCDE, préc., note 379, p. 43; I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 66

3. *La jurisprudence postérieure à la note d'interprétation*

La note d'interprétation élaborée par la Commission du libre-échange de l'ALÉNA a eu une influence importante sur les décisions ayant suivi sa mise en vigueur, car les tribunaux d'arbitrage doivent dorénavant en tenir compte dans leur analyse. En effet, en vertu de l'article 1131 (2), une interprétation de la Commission d'une disposition de l'Accord a une force obligatoire pour les tribunaux institués en vertu de la section B du chapitre 11⁴¹⁷.

(i) *Methanex Corporation c. The United States of America*

La décision *Methanex*⁴¹⁸ est une des premières affaires pour laquelle un panel d'arbitres a dû ajuster ses conclusions en fonction des nouvelles directives données par la Commission. En premier lieu, le tribunal s'est questionné sur l'application de la note d'interprétation. L'argument de Methanex pour rejeter l'interprétation de la Commission était que celle-ci n'était obligatoire pour les Parties que s'il s'agissait d'une interprétation et non d'un amendement de l'article 1105 qui dépasserait les pouvoirs juridictionnels de la Commission⁴¹⁹. De l'avis de l'entreprise Methanex, toute interprétation qui limiterait le champ d'application de la protection accordée aux investisseurs constituerait un amendement illégal que le tribunal ne pourrait appliquer⁴²⁰. Or, les arbitres ont rejeté l'argument de Methanex qui n'a présenté, selon eux, aucune autorité pour démontrer

⁴¹⁷ ALÉNA, préc., note 13, Article 1131 (2)

⁴¹⁸ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225

⁴¹⁹ Methanex Post Hearing Reply Submission on FTC 1105 Statement, 9 novembre 2001, en ligne : < <http://www.naftaclaims.com> > (site consulté le 15 octobre 2013); Investor's First Submission re : NAFTA FTC Statement on Article 1105, 18 septembre 2001, en en ligne : < <http://www.naftaclaims.com> > (site consulté le 15 octobre 2013), p. 19

⁴²⁰ Methanex Post Hearing Reply Submission on FTC 1105 Statement, préc., note 419, 2 à 6

qu'un changement dans l'application d'une disposition devait être accompli par un amendement formel plutôt que par un simple accord entre toutes les Parties⁴²¹ et que, par ailleurs, aucune forme particulière n'était requise pour amender un traité, conformément à l'article 39 de la Convention de Vienne⁴²². Ainsi, l'interprétation faite par la Commission a été jugée obligatoire par le tribunal.

(ii) *Mondev International LTD c. The United States of America*

Puisque les tribunaux d'arbitrage ont jugé que la note d'interprétation de la Commission devait être appliquée par les tribunaux de l'ALÉNA, celle-ci a eu une influence sur les conclusions des différends découlant de l'article 1105. Son objectif étant de réduire le champ d'application de 1105, les nouvelles décisions ont donc été basées sur le standard minimal de droit international coutumier seulement.

En octobre 2002, plus d'un an après la publication de la note de la Commission de juillet 2001, un tribunal d'arbitrage a dû se pencher sur cette nouvelle interprétation de l'article 1105 dans l'affaire *Mondev International LTD c. The United States of America*⁴²³. Au cœur de ce litige se trouvait une société de promotion immobilière canadienne, Mondev, ayant intenté une action en justice contre la ville de Boston pour rupture de contrat. Après que l'entreprise eût perdu devant la Cour suprême du Massachusetts, elle a institué une plainte en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la base des articles 1102, 1105 et 1110. Dans son analyse de l'application du traitement juste et

⁴²¹ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter C, para. 20

⁴²² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 207, article 39

⁴²³ *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, préc., note 92

équitable, le tribunal a confirmé la note d'interprétation de la Commission en réitérant que la norme applicable aux investisseurs étrangers dans le cadre de l'application de l'article 1105 de l'ALÉNA était la norme minimale accordée aux ressortissants étrangers en vertu du droit international coutumier⁴²⁴.

Toutefois, les arbitres ont précisé que le droit international coutumier n'est pas cantonné au 20^e siècle et qu'il évolue avec le temps pour intégrer le droit international actuel qui est façonné par la conclusion de plusieurs traités bilatéraux d'investissement et de commerce et qu'il faut tenir compte de ces multiples sources de droit dans l'interprétation du traitement juste et équitable⁴²⁵. Ce qui constituait un traitement injuste et inéquitable au début des années 1900, ne serait probablement pas qualifié comme tel aujourd'hui. Les arbitres écrivent à cet égard: « To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith»⁴²⁶.

Dans son analyse, le tribunal a d'ailleurs ajouté que les tribunaux ne possèdent pas un pouvoir complètement arbitraire de décider, de façon subjective en analysant les faits de chaque affaire, qu'un traitement est juste et équitable, bien que leurs conclusions dépendent tout de même des faits relatifs à chaque cas⁴²⁷. Les arbitres doivent également

⁴²⁴ *Id.*, para. 125

⁴²⁵ *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, préc., note 92, para. 125; I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 66; R. DOLZER, préc., note 367, p. 98

⁴²⁶ *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, préc., note 92, para. 116

⁴²⁷ I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 66

tenir compte dans leurs décisions des sources de droit établies, tel que la norme minimale élaborée par la pratique des États et la jurisprudence développée par les tribunaux d'arbitrage⁴²⁸.

(iii) *ADF Group Inc. c. The United States of America*

Des conclusions similaires sont ressorties de l'affaire *ADF Group Inc. c. The United States of America*⁴²⁹ dont le jugement a été publié en janvier 2003, quelques mois après la décision *Mondev*. Ce différend opposait une compagnie de sidérurgie au gouvernement américain. La plaignante alléguait que la législation fédérale américaine contrevenait aux obligations prévues à l'article 1105 en exigeant que l'acier utilisée pour les projets de construction des autoroutes provienne uniquement des États-Unis⁴³⁰.

Dans sa décision finale, le tribunal a réitéré le caractère obligatoire de l'interprétation donnée par la Commission du libre-échange de l'ALÉNA⁴³¹. Les arbitres ont également suivi les conclusions de *Mondev* en réaffirmant que le traitement minimal accordé aux investisseurs étrangers doit égaler le standard établi par le droit international coutumier⁴³² et en confirmant le caractère évolutif de celui-ci⁴³³.

⁴²⁸ *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, préc., note 92, para. 119; OCDE, préc., note 379, p. 17-18

⁴²⁹ *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345

⁴³⁰ *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345, para. 47 à 49

⁴³¹ *Id.*, para. 176-177

⁴³² *Id.*, para. 178

⁴³³ *Id.*, para. 179 à 181; I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 69; Alireza FALSAFI, « The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property: A Contingent Standard », 30 *Suffolk Transnational Law Review* 317, p.347

Ils ont par ailleurs rejeté les prétentions de l'investisseur qui tentait de démontrer l'existence d'une obligation générale et autonome, découlant de règles spécifiques applicables à des contextes particuliers, qui accorderait une protection complète aux investisseurs étrangers et qui serait intégrée dans le droit international coutumier par les principes propres aux nombreux traités bilatéraux sur les investissements ratifiés dans les dernières années⁴³⁴. Comme les arbitres ayant siégé dans le litige opposant Mondev aux États-Unis, le tribunal qui a statué sur l'affaire *ADF* a conclu que l'obligation générale d'accorder un traitement juste et équitable, ainsi qu'une protection et une sécurité totales, doit être fondée sur la pratique de l'État concerné et sur des sources de droit international, telles que la jurisprudence des tribunaux d'arbitrage ou judiciaires⁴³⁵. Ainsi, le pouvoir du tribunal d'offrir une compensation à un investisseur étranger en raison du non-respect d'une Partie de son obligation de traiter les investisseurs étrangers de façon juste et équitable et de leur offrir une protection et une sécurité totales n'est pas totalement discrétionnaire. La décision du tribunal, bien qu'elle puisse différer dépendamment des faits propres à chaque cas, doit se baser sur des arguments fondés sur des sources acceptées du droit international⁴³⁶.

Par exemple, selon la décision *ADF*, une conduite peut être considérée comme étant une atteinte au standard de traitement juste et équitable si elle peut être caractérisée comme aberrante et arbitraire lorsqu'on la compare avec des mesures similaires

⁴³⁴ *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345, para. 183; OCDE, préc., note 379, p. 19

⁴³⁵ *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345, para. 184

⁴³⁶ I. A. LAIRD, préc., note 369, p. 70; T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 119; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 412

provenant du droit domestique de d'autres États; s'il s'agit d'une atteinte à une attente légitime; s'il s'agit d'un excès de compétence de la part de l'État; ou dans les cas où il s'agit d'une décision administrative qui a été prise de façon complètement arbitraire⁴³⁷.

(iv) *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*

Le litige⁴³⁸ opposant le Loewen Group, Inc. (ci-après « Loewen ») aux États-Unis constitue une tentative d'interpréter l'article 1105 d'une façon qui aurait pu causer bien des problèmes aux signataires de l'ALÉNA. Dans cette affaire, Loewen, une entreprise canadienne œuvrant dans le domaine funéraire, a été poursuivie par un entrepreneur privé, M. Jeremiah O'Keefe Sr., son fils et différentes sociétés appartenant à la famille O'Keefe (ci-après collectivement « O'Keefe ») pour non-respect de ses obligations contractuelles. Au terme de sept semaines de procès, un jury du Mississippi a condamné Loewen à payer un montant de 500 \$ millions à titre de dommages à O'Keefe.

Suite à cette décision de la cour du Mississippi, Loewen a entamé des procédures contre le gouvernement américain pour avoir failli à ses obligations découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA. Loewen a plaidé devant le tribunal arbitral, qui s'est penché sur la décision du tribunal du Mississippi, qu'O'Keefe avait réussi à convaincre le jury de la Mississippi State Court en utilisant des arguments basés sur les distinctions raciales, nationales et sociales des deux parties⁴³⁹.

⁴³⁷ Rajeev SHARMA, « The Jurisprudence Interpreting NAFTA Article 1106 : The Prohibition Against Performance Requirements », dans T. WEILER, préc., note 18, p. 71; *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345, para. 188 à 191

⁴³⁸ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*, préc., note 91

⁴³⁹ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*, préc., note 91, para. 3 à 5

En effet, l'affaire était entendue par un juge afro-américain et un jury dont huit de ses douze membres étaient aussi afro-américains. Devant le tribunal d'arbitrage, Loewen a plaidé que le juge a permis à l'avocat d'O'Keefe de faire de longues références, non pertinentes et hautement préjudiciables, à la nationalité étrangère de Loewen, en opposition avec les origines d'O'Keefe provenant du Mississippi; aux distinctions raciales entre O'Keefe et Loewen; ainsi que des distinctions entre la classe sociale de Loewen, que l'avocat d'O'Keefe a dépeint comme un large groupe de sociétés richissimes, en opposition à celle d'O'Keefe, une petite entreprise familiale. Au surplus, Loewen a plaidé devant le tribunal d'arbitrage, qu'après avoir permis à l'avocat d'O'Keefe de faire un tel argumentaire, le juge a refusé de donner des instructions au jury à l'effet que la discrimination nationale, raciale ou fondée sur les classes sociales n'était pas admissible⁴⁴⁰.

Le principal argument de Loewen à l'encontre du gouvernement américain, était que, dans le cadre du litige l'opposant à O'Keefe, il n'avait pas été traité de façon juste et équitable. Selon Loewen, un déni de justice, résultant du système juridique d'un État signataire, constitue une mesure qui enfreint l'article 1105 de l'ALÉNA⁴⁴¹. Loewen a également défendu l'idée qu'en tolérant une telle inconduite de la part du tribunal du Mississippi, le gouvernement des États-Unis n'a pas respecté son engagement de fournir une protection et une sécurité intégrales contre les actions d'une tierce partie⁴⁴².

⁴⁴⁰ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*, préc., note 91, para. 3 à 5

⁴⁴¹ C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 359

⁴⁴² *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*, préc., note 91, para. 40

Malgré le fait que plusieurs étapes du procès, incluant le verdict obligeant Loewen à payer une somme faramineuse au demandeur, ont été entachées par plusieurs irrégularités et que ce traitement est incompatible avec le standard international de traitement minimal⁴⁴³, le tribunal d'arbitrage a rejeté la requête de l'investisseur dans sa décision finale. En effet, les arbitres ont conclu que:

« Far from fulfilling the purposes of NAFTA, an intervention on our part would compromise them by obscuring the crucial separation between the international obligations of the State under NAFTA, of which the fair treatment of foreign investors in the judicial sphere is but one aspect, and the much broader domestic responsibilities of every nation towards litigants of whatever origin who appear before its national courts. Subject to explicit international agreement permitting external control or review, these latter responsibilities are for each individual state to regulate according to its own chosen appreciation of the ends of justice. As we have sought to make clear, we find nothing in NAFTA to justify the exercise by this Tribunal of an appellate function parallel to that which belongs to the courts of the host nation. »⁴⁴⁴

Cependant, malgré le refus du tribunal de s'ingérer dans le processus judiciaire interne des États, les arbitres ont quand même laissé la porte ouverte à l'application du chapitre 11 de l'ALÉNA en dernier recours si une Partie n'offre aucun remède aux erreurs judiciaires de ses tribunaux⁴⁴⁵.

On constate donc une évolution dans l'interprétation de l'article 1105 par les tribunaux d'arbitrage. Alors que les premières décisions l'appliquant offraient une plus grande protection aux investisseurs étrangers en adoptant l'approche du « plain meaning », les litiges ayant suivi la note d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA ont plutôt conclu en faveur d'une réduction du champ d'application

⁴⁴³ *Id.*, para. 142

⁴⁴⁴ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America*, préc., note 91, para. 242

⁴⁴⁵ *Id.*

de cette disposition en concordance avec le standard du droit international coutumier. Malgré la volonté des Parties signataires de clarifier l'application de l'article 1105 par la publication de la note de la Commission du libre-échange, les termes de cette disposition demeurent imprécis et sujets à des tentatives d'interprétation diverses par les investisseurs étrangers qui pourraient les utiliser à leur avantage tant que l'accord lui-même n'est pas modifié.

v. Article 1106 : prescriptions de résultats

L'article 1106 est une autre disposition du chapitre 11 dont le libellé pourrait être appliqué d'une façon portant atteinte aux principes démocratiques. Cet article a été inséré dans l'accord afin d'empêcher les gouvernements signataires d'adopter des mesures nuisant à la compétitivité et à l'efficacité créées par le libre-marché⁴⁴⁶. Par exemple, une Partie qui imposerait des conditions relatives à l'exportation et à l'importation des produits ou qui obligerait les entreprises à utiliser des matériaux locaux seulement pourrait contrevenir à l'article 1106⁴⁴⁷. L'article 1106 se lit comme suit :

« 1. Aucune des Parties ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes, ou faire exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers :

- a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services;
- b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national;

⁴⁴⁶ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 34; En général, ces mesures seraient adoptées par les gouvernements afin d'en faire bénéficier l'industrie et l'économie locale. R. SHARMA, préc., note 437, p. 77

⁴⁴⁷ *Id.*

c) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire;

d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement;

e) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises;

f) transférer une technologie, un procédé de fabrication ou autre savoir-faire exclusif à une personne située sur son territoire, sauf lorsque la prescription est imposée ou l'engagement exécuté par un tribunal judiciaire ou administratif ou par une autorité compétente en matière de concurrence, pour corriger une prétendue violation des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui n'est pas incompatible avec les autres dispositions du présent accord; ou

g) agir comme le fournisseur exclusif d'un marché mondial ou régional pour les produits que l'investissement permet de produire et les services qu'il permet de fournir.

2. Une mesure qui oblige un investissement à employer une technologie pour répondre à des prescriptions d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement ne sera pas réputée être incompatible avec l'alinéa (1) f). Il demeure entendu que les articles 1102 et 1103 s'appliquent à la mesure.

3. Aucune des Parties ne pourra subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes :

a) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national;

b) acheter, utiliser ou privilégier les produits produits sur son territoire, ou acheter des produits de producteurs situés sur son territoire;

c) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement; ou

d) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement.

4. Aucune disposition du paragraphe 3 ne sera interprétée comme empêchant une Partie de subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui

concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'obligation de situer l'unité de production, de fournir un service, de former ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir certaines installations ou d'effectuer des travaux de recherche et de développement sur son territoire.

5. Les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent à aucune prescription autre que celles figurant dans lesdits paragraphes.

6. Aucune disposition des alinéas 1 b) ou c) ou 3 a) ou b) ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures, notamment des mesures de protection de l'environnement,

a) nécessaires à l'application des lois et des règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord,

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou

c) nécessaires à la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques,

sous réserve que lesdites mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiée, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement »⁴⁴⁸.

Bien que l'article 1106 constitue une disposition importante du chapitre 11 de l'ALÉNA et que son application pourrait avoir un impact négatif sur la démocratie, il ne fera pas l'objet d'une analyse approfondie dans cette étude puisqu'il est rarement invoqué par les investisseurs étrangers⁴⁴⁹.

Aux fins de cet exposé, mentionnons seulement une critique de l'article 1106 qui a été avancée par Howard Mann et Konrad von Moltke, des chercheurs du *International Institute for Sustainable Development* ayant étudié les conséquences du chapitre 11 de

⁴⁴⁸ ALÉNA, préc., note 13, Article 1106

⁴⁴⁹ Par exemple, dans les décisions *SD Myers, Inc. c. Canada*, *Pope & Talbot c. Canada*, et *ADF Group Inc. c. The United States of America*, cette disposition a été soulevée par les investisseurs, mais le tribunal d'arbitrage n'a pas conclu à une violation de celle-ci.

l'ALÉNA sur l'environnement. Selon ces auteurs, les trois premières interdictions de l'article 1106 (1), soit les paragraphes (a), (b) et (c), peuvent être appliquées contre des mesures gouvernementales restreignant la libre circulation des biens aux frontières. Selon eux, le danger relié à cet article est que celui-ci pourrait être interprété de façon à s'appliquer à n'importe quelle mesure relative à l'importation et l'exportation, même si celle-ci ne concerne pas directement un investissement. Ainsi, toutes les politiques gouvernementales contrôlant les interdictions d'exportation ou d'importation, ainsi que les tarifs et les quotas risqueraient d'être l'objet de plaintes en vertu de l'ALÉNA qui pourraient donner lieu au paiement de dommages en faveur des investisseurs étrangers affectés par de telles mesures⁴⁵⁰.

D'autre part, toute contestation d'un investisseur relativement à une mesure environnementale concernant le commerce devrait être défendue par l'État comme étant permise en vertu de l'exception de l'article 1106 prévue à son alinéa (6) qui permet aux gouvernements d'adopter des mesures protégeant l'environnement. Toutefois, le test à remplir pour donner ouverture à l'exception de l'alinéa (6) est assez stricte et le fardeau de preuve de l'État pour légitimer une politique environnementale est très lourd⁴⁵¹.

Enfin, une autre critique de cette disposition est que bien qu'elle s'applique de la même façon aux investisseurs locaux et étrangers⁴⁵², les investisseurs locaux n'ont pas accès aux protections offertes par le chapitre 11 de l'ALÉNA qui n'offrent des recours

⁴⁵⁰ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 35-36

⁴⁵¹ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 36

⁴⁵² Voir ALÉNA, préc., note 13, Article 1101 (1) (c) et 1106 (1)

qu'aux investisseurs étrangers⁴⁵³. Ainsi même si une mesure gouvernementale, qui s'applique uniformément à toutes les entreprises, est jugée contrevenir à l'article 1106, un investisseur local n'aura pas droit au paiement de dommages contrairement à l'investisseur étranger. L'application de cet article, au lieu de protéger les investisseurs étrangers, crée un traitement inégalitaire au détriment des investisseurs locaux.

C. LES CRITÈRES DÉMOCRATIQUES PERTINENTS

Suite à cette analyse de la jurisprudence relative aux différends découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA, nous pouvons passer à l'étude de l'impact des dispositions de cet accord sur la démocratie. Tel que mentionné précédemment, cette évaluation se fera à l'aide de tests développés par des groupes de chercheurs étudiant l'évolution de la démocratie dans le monde. L'utilisation de ces indices démocratiques est centrale à cette étude, puisque ceux-ci permettent de faire ressortir les critères essentiels qui doivent être remplis pour qu'un État soit qualifié de démocratique. En conséquence, si notre analyse révèle que l'application des dispositions de l'ALÉNA vient d'une façon quelconque éroder un de ces éléments essentiels à la définition de démocratie, il sera possible de conclure que cet accord a un impact concret sur la démocratie.

Avant de pouvoir parvenir à de telles conclusions, il est important de délimiter les éléments pertinents utilisés dans cette recherche. En effet, les tests mesurant le niveau démocratique des États, que nous avons décrits plus en détail précédemment, contiennent de nombreux critères qui ne seront certainement pas affectés par la signature d'un accord

⁴⁵³ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 34

économique, tel que le bon fonctionnement du processus électoral, la compétitivité entre les partis politiques, la liberté d'expression ou d'association, etc. Or, d'autres éléments essentiels à la vitalité démocratique peuvent entrer en conflit avec les objectifs d'un traité. Ainsi, pour chacun des tests politiques que nous avons choisis pour les fins de notre analyse, nous avons fait ressortir les variables qui sont plus à risque d'être affectées par l'application des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA.

i. Les critères de la Cour suprême du Canada

D'abord, en plus des critères développés par les chercheurs en science politique tentant d'évaluer l'état de la démocratie dans le monde, il peut être utile dans cette recherche de relever les éléments que comporte la définition de la démocratie établie par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴⁵⁴. Dans cette décision, les juges du plus haut tribunal du pays ont conclu que la démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. « *La démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l'autonomie gouvernementale* »⁴⁵⁵. Le concept de démocratie est plus que la simple volonté souveraine de la majorité⁴⁵⁶. En effet, la jurisprudence de la Cour suprême a toujours défini la démocratie comme signifiant « *le mode de fonctionnement d'un gouvernement représentatif et responsable* ».⁴⁵⁷ Une entrave au pouvoir de réglementation de l'État

⁴⁵⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 82

⁴⁵⁵ *Id.*, para. 64

⁴⁵⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 82, para. 61

⁴⁵⁷ *Id.*, para. 65

pourrait donc constituer une atteinte à la démocratie canadienne, selon sa définition juridique⁴⁵⁸.

Les juges de la Cour suprême ont également énoncé que le principe de la démocratie était considéré comme indissociable d'autres valeurs inhérentes au système politique canadien, soit le fédéralisme, la primauté du droit et le constitutionnalisme⁴⁵⁹. Dans le cadre de notre étude, il est important de mentionner l'importance du principe de la primauté du droit qui pourrait être mis en péril par les dispositions de l'ALÉNA. Ce concept se définit par plusieurs éléments. D'abord, les citoyens et les autres acteurs politiques, économiques ou sociaux sont tous égaux devant la loi⁴⁶⁰. Ensuite, la primauté du droit implique que la société repose sur un système de droit positif et que les lois qu'il contient soient les mêmes pour tout le monde⁴⁶¹. Ce principe établit aussi la suprématie du droit sur les actes de l'État et des individus⁴⁶². Par ailleurs, la Cour suprême a également précisé qu'un autre concept inhérent à la démocratie canadienne est celui du constitutionnalisme. Celui-ci implique que la Constitution canadienne est la loi suprême de l'État et que toutes les lois doivent être concordantes avec celle-ci pour être valables⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Une atteinte que nous pourrions donc qualifier « *de facto* ».

⁴⁵⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 82, para. 66-67

⁴⁶⁰ *Re Manitoba Language Rights*, préc., note 88, para. 59-60; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 82, para. 71

⁴⁶¹ *Id.*

⁴⁶² *Re Manitoba Language Rights*, préc., note 88, para. 59-60

⁴⁶³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 82, para. 70-72

ii. Les critères du *Freedom House*

Le premier indice démocratique que nous avons choisi pour effectuer cette analyse de l'impact des dispositions du chapitre 11 sur l'ALÉNA est le test développé par la *Freedom House*. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le rapport que publie ce groupe de recherche chaque année est l'une des études les plus reconnues mesurant la vitalité de la démocratie dans le monde. La *Freedom House* évalue l'état de la démocratie dans chaque État à l'aide d'un système de points qui se base sur une liste de questions établissant les critères essentiels auquel un système politique doit correspondre pour être considéré démocratique. Nous avons fait ressortir les questions dont la réponse pourrait, selon nous, être influencée par l'application du chapitre 11 de l'ALÉNA. Ces questions font partie de deux principaux aspects que ce groupe de chercheurs considèrent centraux à la définition de démocratie, soit le fonctionnement démocratique du gouvernement et la primauté du droit. Les questions spécifiques du test pouvant être utilisées dans notre étude sont les suivantes :

FUNCTIONING OF GOVERNMENT

1. Do the freely elected head of government and national legislative representatives determine the policies of the government?

Do nonstate actors, including criminal gangs, the military and foreign governments, interfere with or prevent elected representatives from adopting and implementing legislation and making meaningful policy decisions?

RULE OF LAW

1. Is there an independent judiciary?

Do powerful private concerns comply with judicial decisions, and are decisions that run counter to the interests of powerful actors effectively enforced?

2. Does the rule of law prevail in civil and criminal matters?⁴⁶⁴

iii. Les critères du *Polity IV*

Le second test politique que nous avons choisi pour définir les critères essentiels à la démocratie est le *Polity IV*. Cette étude porte sur l'état des régimes démocratiques et autoritaires dans le monde. Elle contient un nombre important de variables différentes que ses auteurs considèrent centrales à l'étude de la démocratie. Le rapport méthodologique construit par les politologues derrière ce projet contient également une liste de questions auxquelles ils se sont référés afin de déterminer si les critères sont remplis ou non.

Aux fins de notre analyse, une seule question semble pertinente à l'impact du chapitre 11 sur l'ALÉNA, soit : « A legislature, ruling party, or council of nobles initiates much or most important legislation »⁴⁶⁵. Les auteurs de cet index démocratique tiennent compte de cette variable dans le cadre de leur évaluation de la séparation et de la balance des pouvoirs. Pour eux, il est indispensable pour la vitalité d'une démocratie que les groupes politiques imputables, soient ceux légitimement élus, aient un pouvoir effectif égal ou plus grand que l'exécutif dans la plupart des secteurs. Ainsi, dans une démocratie vigoureuse, le pouvoir de la législature de voter des lois est fondamental.

⁴⁶⁴ Voir la section « checklist questions and guideline » sur le site Internet du Freedom House, en ligne : < <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2013/checklist-questions-and-guidelines> > (consulté le 15 décembre 2013)

⁴⁶⁵ M. G. MARSHALL, K. JAGGERS et T. R. GURR, préc., note 132, p. 66

iv. Les critères de *The Economist*

Le troisième test choisi pour effectuer cette analyse du chapitre 11 de l'ALÉNA est l'indice démocratique développé par un groupe d'analystes en science politique, l'*Economist Intelligence Unit*⁴⁶⁶. Cette étude prend en compte un ensemble de critères importants afin de définir ce qui constitue une saine démocratie. Entre autres, elle considère le fonctionnement du gouvernement, ainsi que la protection des libertés politiques et individuelles comme étant des facteurs essentiels à l'évaluation du niveau démocratique d'un État⁴⁶⁷.

Comme les deux premiers tests mentionnés, l'indice développé par l'*Economist Intelligence Unit* contient une liste de questions qui constituent les indicateurs utilisés afin d'évaluer si un État satisfait aux critères correspondant à une démocratie. Pour les fins de cette analyse, deux questions plus spécifiques retiennent notre attention, soit une question concernant le bon fonctionnement du gouvernement : « 18. Special economic, religious or other powerful domestic groups do not exercise significant political power, parallel to democratic institutions? »⁴⁶⁸ et une autre relative au respect des libertés civiles : « 54. The degree to which citizens are treated equally under the law. Consider whether favoured members of groups are spared prosecution under the law »⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Voir le site Internet du Economist Intelligence Unit, en ligne : <<http://www.eiu.com/>> (site consulté le 12 octobre 2013)

⁴⁶⁷ *Id.*

⁴⁶⁸ *Id.*

⁴⁶⁹ *Id.*

v. Les critères du test d'Axel Hadenius

Enfin, le dernier test utilisé aux fins de cette analyse est celui développé par le chercheur en science politique Axel Hadenius. Comme nous l'avons mentionné dans notre analyse détaillée des tests politiques, cet indice démocratique est utile pour notre analyse, car bien qu'il laisse de côté plusieurs éléments pertinents à l'évaluation de la démocratie, il prend en compte l'efficacité réelle des institutions politiques.

À ce sujet, une variable importante que ce test prend en considération, et que nous relèverons pour les fins de cette analyse, est l'efficacité des élections. Celle-ci est évaluée selon la compétence réelle des représentants élus. Selon un système de points⁴⁷⁰, cet indice évalue si l'organe législatif légitimement élu par la population possède tous les pouvoirs qui devraient lui être normalement dévolus sans qu'il ne soit contraint, par des organisations non-élues, de les exercer.

Ainsi, cet élément évalue si l'organe législatif de l'État, valablement élu par la population, voit son pouvoir de décision limité par des instances non-élues, comme des organisations militaires, religieuses, ou même, comme nous tenterons de le déterminer dans notre étude, économiques. Un pointage de 0 équivaut donc à un organe élu qui ne possède aucune compétence réelle, donc qui ne représente qu'une façade démocratique, alors qu'un pointage de 4 correspond à des représentants ayant tous les pouvoirs

⁴⁷⁰ Un pointage de 0 équivaut à un organe élu qui ne possède aucune compétence réelle et un pointage de 4 correspond à des représentants ayant tous les pouvoirs normalement dévolus aux élus, A. HADENIUS, préc., note 114, p. 49

normalement dévolus aux élus⁴⁷¹. De cette façon, si le pouvoir législatif voit ses pouvoirs restreints par une influence externe, l'État perd des points par rapport à l'efficacité de ses élections et le niveau de sa démocratie est également considéré moindre. La question précise, rédigé par ce chercheur est la suivante : «1. Functional effectiveness: Are there prohibitions for or restrictions on the decision-making powers of the elected bodies? »⁴⁷²

vi. Les critères qui ressortent des tests

Ainsi, après avoir décortiqué ces différents indices politiques et en avoir ressorti les éléments pertinents, le constat final est que deux principaux critères essentiels au bon fonctionnement d'une démocratie reviennent dans la majorité des tests, soit le pouvoir des représentants légitimement élus de légiférer sans entrave et de prendre des décisions politiques, ainsi que la primauté du droit.

D'abord, le premier critère que nous avons relevé, soit la liberté pour les élus de légiférer, est probablement l'élément le plus important dans l'analyse de l'impact du chapitre 11 sur la démocratie. En effet, ce critère est central à la définition de la démocratie donnée par la Cour suprême du Canada et il est présent dans tous les indices démocratiques que nous avons étudiés. Tel que mentionné précédemment, les études de la *Freedom House* et du *Polity IV* en font mention. Le rapport développé par *The Economist* traite de cet élément en énonçant qu'un élément négatif pour la démocratie est la présence de groupes non-élus exerçant un pouvoir politique parallèle aux institutions

⁴⁷¹ *Id.*

⁴⁷² A. HADENIUS, préc., note 114, p. 49

démocratiques et qui peuvent avoir un impact sur le bon fonctionnement de celles-ci⁴⁷³. L'étude d'Axel Hadenius, quant à elle, y fait référence en termes de restrictions aux élus sur leur pouvoir de prendre des décisions⁴⁷⁴.

Quant au second critère, la primauté du droit, il apparaît être incontournable à une définition d'une démocratie saine et il se retrouve dans les éléments relevés par la Cour suprême, ainsi que dans l'ensemble des indices démocratiques étudiés à l'exception de l'étude d'Axel Hadenius qui n'en fait pas mention. Étant donné que le concept de la primauté du droit contient, en soi, plusieurs éléments, les différentes études utilisées n'en font pas tous mention de la même façon. Toutefois, certains des critères que ces tests relèvent découlent directement de ce concept. Un de ces critères est l'égalité de tous devant la loi, auquel font référence la plupart des tests consultés. Le rapport de la *Freedom House* mentionne l'importance de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'égalité de tous devant la loi. Plus précisément, cette étude considère que pour qu'un État soit qualifié de démocratique, les décisions des tribunaux rendues à l'encontre des acteurs privés ayant beaucoup d'influence dans une société doivent être réellement exécutées. Également, la primauté du droit implique, pour les auteurs de la *Freedom House*, que dans les litiges en matière civile et criminelle, la loi prévaut sur tout autre chose⁴⁷⁵. Le droit, dans une démocratie, a donc un caractère suprême et les actions de l'État et des individus ne doivent normalement pas y contrevenir⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Voir le site Internet du Economist Intelligent Unit, préc., note 466

⁴⁷⁴ A. HADENIUS, préc., note 114, p. 49

⁴⁷⁵ Voir la section « checklist questions and guideline » sur le site Internet du Freedom House, préc., note 111

⁴⁷⁶ J. ATIK, préc., note 18, p. 145-146

Par ailleurs, le constitutionnalisme est un autre élément indissociable de la démocratie qui peut être regroupé avec le concept de primauté du droit puisqu'il va de paire avec celui-ci. En effet, le constitutionnalisme établit le caractère suprême de la Constitution canadienne, ce qui signifie que le système juridique repose entièrement sur celle-ci⁴⁷⁷. Au Canada, la primauté du droit s'entend donc de la primauté de la Constitution.

Puisque que nous avons établi les deux principaux aspects de la démocratie qui peuvent être mis en péril par le chapitre 11 de l'ALÉNA, il est maintenant temps de vérifier si les dispositions 1102, 1103, 1106 et 1110 de cet accord ont un impact concret sur ces deux éléments essentiels à la vitalité démocratique d'un État.

D. L'IMPACT DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA SUR LE POUVOIR DE LÉGIFÉRER

Le pouvoir des élus de voter des lois et de mettre en place des politiques publiques est essentiel au bien-être d'une société démocratique. Si ce pouvoir est entravé d'une façon quelconque, que ce soit en interférant directement avec la législation ou l'application des lois ou en exerçant une influence sur le corps législatif, la démocratie en est affectée. Les lobbyistes sont un exemple d'influence externe pouvant entraver le pouvoir des élus de voter des lois. Par exemple, selon une étude menée par le journal *Le Devoir*, en juin 2015, on comptait pas moins de 75 lobbyistes inscrits sous des mandats de promotion des projets de pipelines conçus pour transporter le pétrole de l'Ouest

⁴⁷⁷ Renvoi relatif à la sécession du Québec, préc., note 82, para. 70-72

canadien en sol québécois, des projets controversés et impopulaires auprès de la population québécoise⁴⁷⁸.

À ce sujet, l'insertion du chapitre 11 dans l'ALÉNA a eu comme conséquence de donner aux investisseurs étrangers des moyens de se pourvoir à l'encontre des mesures gouvernementales allant à l'encontre de leurs intérêts économiques. Il en a résulté une multiplication des poursuites contre le Canada, le Mexique et les États-Unis qui ont eu à payer plusieurs millions de dollars en compensation à ces entreprises. Parfois, les jugements à l'encontre des Parties membres découlaient même de la mise en place par l'État d'une politique publique légitime. Ainsi, il est possible, quoique difficilement démontrable de manière empirique, que la crainte de devoir payer des montants faramineux a probablement freiné les gouvernements dans l'adoption de certains projets de loi qui auraient pu être contestés à l'aide des dispositions du chapitre 11.

Dépendamment de l'interprétation de ces articles par les tribunaux, les gouvernements signataires ont pu voir leur pouvoir de légiférer entravé par ces poursuites. À l'aide de l'analyse jurisprudentielle que nous avons fait précédemment, il nous est possible d'évaluer si les articles 1110, 1102, 1103, 1105 et 1106 ont été appliqués par les tribunaux d'arbitrage de façon à avantager les investisseurs étrangers et à limiter le pouvoir des États de mettre en place des lois et des politiques publiques de façon légitime.

⁴⁷⁸ Alexandre SHIELDS, *Le lobby des pipelines plus actif que jamais : Pas moins de 75 lobbyistes plaident pour les projets d'Enbridge et de TransCanada*, Le Devoir, 19 juin 2015, en ligne <<http://www.ledevoir.com/environnement/actualites-sur-l-environnement/443191/le-lobby-des-pipelines-s-active>> (page consultée le 12 avril 2016)

i. Article 1110

L'article 1110 interdisant l'expropriation d'un investissement étranger est probablement la disposition la plus problématique en matière d'atteinte au pouvoir de légiférer des États puisque son libellé est en soi très contraignant. En effet, pour éviter toute possibilité de poursuite, un gouvernement doit respecter toutes les conditions énumérées à cet article. Ainsi, même si une mesure est prise dans l'intérêt public, qu'elle ne porte atteinte à aucune autre obligation du chapitre 11 de l'ALÉNA et qu'elle n'est pas discriminatoire à l'égard d'un investisseur étranger, s'il y a un risque qu'elle soit jugée comme constituant une expropriation ou une nationalisation par le tribunal, l'État qui met en place une telle mesure devra tout de même payer une indemnité financière aux entreprises étrangères affectées par celle-ci pour éviter d'avoir à faire face à une poursuite⁴⁷⁹.

C'est d'ailleurs ce qui s'est passé dans l'affaire opposant AbitibiBowater Inc. contre le gouvernement du Canada⁴⁸⁰. AbitibiBowater a intenté une poursuite contre le Canada en raison d'un projet de loi adopté par le gouvernement de Terre-Neuve pour rapatrier certains droits sur les terres, l'eau et le bois qui lui avaient été vendus il y a plusieurs années⁴⁸¹. AbitibiBowater prétendait qu'il s'agissait d'une expropriation de son

⁴⁷⁹ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 38; R. C. JONES, préc., note 99, p. 550; T. WEILER, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues », préc., note 209, p. 125-126

⁴⁸⁰ Cette affaire s'est réglée hors cours, *AbitibiBowater Inc. c. Canada*, Consent Award, Arbitral tribunal, 15 décembre 2010

⁴⁸¹ Projet de loi 75, « *An Act to Return to the Crown Certain Rights Relating to Timber and Water Use Vested in Abitibi-Consolidated and to Expropriate Assets and Lands Associated With the Generation of Electricity Enabled by Those Water Use Rights* », adopté par la législature de la province de Terre-Neuve et du Labrador le 16 décembre 2008

investissement et a réclamé une compensation financière pour les dommages que lui causait cette loi⁴⁸². Le Canada a choisi de payer 130 millions de dollars pour régler hors-cours cette poursuite de plus d'un demi-milliard de dollars qu'il risquait de perdre et qui lui aurait coûté des montants importants en frais judiciaires et extrajudiciaires⁴⁸³.

Certains diront que c'est exactement pour contrer ce type de comportement gouvernemental abusif que le chapitre 11 de l'ALÉNA a été adopté. Or, pour répondre aux défenseurs de l'ALÉNA, nous reprenons les propos de la professeure Geneviève Dufour, qui a étudié et critiqué le chapitre 11 de l'ALÉNA :

« Ça aurait été une chose de compenser AbitibiBowater du prix qu'elle avait payé pour acquérir ses droits, c'en est une autre qu'elle les ait acquis pour un prix qui ne correspond plus à la réalité actuelle et qu'on l'indemnise ensuite bien au-delà de ce qu'elle a dépensé pour les acquérir. Si je vous octroie un droit sur quelque chose pour 130 millions de dollars et que je vous exproprie ensuite, l'équité veut que je vous remette les 130 millions de dollars. Mais si je vous ai octroyé le même droit pour beaucoup moins, et que vous en avez bénéficié pendant près d'un siècle sans en avoir payé la valeur marchande actuelle, pourquoi devrais-je en plus vous compenser à cette valeur, c'est-à-dire, par exemple, à 130 millions de dollars ? Les exigences de l'équité ne sont pas nécessairement les mêmes dans un tel cas. AbitibiBowater n'aurait pas nécessairement automatiquement eu droit à une compensation en droit interne, ce qui explique que la poursuite ait plutôt été intentée en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA »⁴⁸⁴.

Comme le soulève la professeure Dufour, un autre élément inéquitable de l'article 1110 de l'ALÉNA, est qu'il prévoit que « l'indemnité devra équivaloir à la juste valeur

⁴⁸² *AbitibiBowater Inc. c. Canada*, préc., note 480, para. 1 et 2

⁴⁸³ GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *ALÉNA - Chapitre 11 – Investissement, Poursuites contre le gouvernement du Canada, AbitibiBowater inc. c. le Gouvernement du Canada*, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/diff-diff/AbitibiBowater.aspx?lang=eng> (site consulté le 11 avril 2016)

⁴⁸⁴ G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 28

marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (« date d'expropriation ») »⁴⁸⁵. Les investisseurs expropriés pourront réclamer automatiquement une compensation à la « juste valeur marchande », sans tenir compte du montant initialement payé lorsqu'ils ont obtenu les droits et des revenus réalisés depuis⁴⁸⁶.

L'affaire AbitibiBowater est un cas particulier et constitue un exemple d'expropriation directe. Or, dans d'autres cas plus ambigus, il est vraisemblable que devant cette menace de devoir payer plusieurs centaines de millions de dollars, l'ardeur des élus de voter certaines lois peut être ralentie. Cette variable est inévitablement prise en compte dans l'évaluation des pour et des contre lorsque vient le temps de mettre en place des mesures gouvernementales qui pourraient risquer d'affecter des entreprises étrangères. Même si on peut espérer que l'État ira de l'avant la majorité du temps lorsqu'il s'agira de mesures concernant l'intérêt public, et qu'il choisira de payer les compensations nécessaires, le fait d'avoir à considérer cet élément pourrait constituer une entrave importante à la législation.

Les droits que le Canada a accordés à certaines compagnies, au début du 20^e siècle, sont aujourd'hui désuets. En effet, dans le cas d'AbitibiBowater, le « Charter Lease » octroyé à la société en 1912, avait un terme de 99 ans et était perpétuellement renouvelable à l'option d'AbitibiBowater sans hausse du loyer. Un tel contrat, liant un

⁴⁸⁵ ALÉNA, préc., note 13, Article 1110 al. 2

⁴⁸⁶ G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 28.

gouvernement provincial perpétuellement envers une entreprise privée, serait nécessairement qualifié d'abusif selon le droit actuel⁴⁸⁷.

D'autres exemples de droits octroyés à AbitibiBowater pour des sommes dérisoires : en 1907, cette entreprise a payé 2.5 millions pour le « Bishop Fall's Deed », qui incluait des droits sur l'eau de Terre-Neuve pour 999 ans. De même, la « 1907 Lease » lui octroyait des droits sur des terres, et le « Badger Brook Grant » sur l'eau, également pour une période de 999 ans⁴⁸⁸. Même si AbitibiBowater a fait des investissements considérables dans la province au cours de toutes ces années, les profits que ses actionnaires ont retirés de l'exploitation des ressources naturelles provinciales dépassent probablement de loin les sommes que la société a pu investir.

Comme il a été démontré dans l'analyse de la jurisprudence portant sur l'article 1110 (section ii. « Article 1110 : expropriation et indemnisation »), dans la majorité des décisions le tribunal n'a jamais tenu compte de l'objectif d'une politique publique pour déterminer s'il s'agissait d'une expropriation. Par exemple, dans les décisions *Pope & Talbot*⁴⁸⁹ et *S.D. Myers*⁴⁹⁰, les arbitres ont conclu que même si une mesure gouvernementale n'était pas discriminatoire et qu'elle avait un but légitime, si elle interférait de façon substantielle avec le droit de propriété de l'investisseur, elle était considérée comme une expropriation et l'État devait fournir une compensation financière

⁴⁸⁷ G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 27

⁴⁸⁸ *Id.*

⁴⁸⁹ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229

⁴⁹⁰ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

aux investisseurs affectés par celle-ci⁴⁹¹. L'objectif d'une mesure ne semble pas une variable considérée par le tribunal. Le seul élément dont celui-ci tient compte pour conclure à l'existence d'une expropriation est le degré d'interférence de la mesure envers l'investissement d'une entreprise étrangère.

Par ailleurs, un autre élément accentuant l'imprévisibilité des poursuites envers les gouvernements, et donc leur crainte de devoir payer des compensations faramineuses, est l'interprétation très libérale de ce qui constitue un investissement. Comme il a été énoncé dans la décision *Pope & Talbot*, même l'habileté pour un investisseur de vendre son produit sur le marché américain, qui forme une part importante de l'actif de l'entreprise, constitue une partie de son investissement. L'atteinte à son pouvoir de vendre ses produits dans ce marché correspond donc à une atteinte à son investissement⁴⁹².

Bien entendu, les Parties à l'ALÉNA tenteront nécessairement d'éviter les poursuites, soit en payant directement une compensation ou en évitant de voter des lois pouvant contrevenir à l'article 1110, en raison de l'interprétation libérale des tribunaux d'arbitrage de ce qui constitue une expropriation. La décision *Metalclad*⁴⁹³ est un bon exemple d'une interprétation assez élargie d'une expropriation indirecte. En effet, dans cette affaire, une simple mesure législative de rezonage légitime par une municipalité a

⁴⁹¹ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 100 à 105

⁴⁹² *Id.*, para. 81 à 83

⁴⁹³ *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209

été jugée comme pouvant constituer une expropriation⁴⁹⁴. Cette interprétation va donc encore plus loin que les décisions *Pope & Talbot* et *S.D. Myers* qui imposaient tout de même à l'investisseur de démontrer un niveau d'interférence plus important⁴⁹⁵. Ainsi, *Metalclad* ouvre la porte à une multitude de poursuites en vertu de l'article 1110, ce qui risque de restreindre de façon significative le pouvoir de l'État de légiférer librement.

Néanmoins, la décision *Methanex*⁴⁹⁶ est venue modérer ce courant jurisprudentiel défavorable aux États membres de l'ALÉNA en énonçant qu'une mesure gouvernementale, même si elle constitue une interférence substantielle à un investissement, pourrait ne pas être considérée comme étant une expropriation si elle a été mise en place pour un objectif public et de façon non discriminatoire⁴⁹⁷. Or, comme nous l'avons mentionné précédemment, certains auteurs contestent cette décision et affirment que le tribunal a erré dans son analyse de l'interprétation de l'article 1110⁴⁹⁸.

Dans tous les cas, que le tribunal ait bien interprété l'article 1110 ou non importe peu puisque les décisions de l'ALÉNA ne suivent pas de *stare decisis*⁴⁹⁹. Donc, ces deux courants jurisprudentiels coexistent et les futurs arbitres qui auront à juger de cas semblables auront le loisir de suivre l'une ou l'autre de ces décisions. Cette absence de force obligatoire des jugements antérieurs accentue nécessairement l'incertitude à

⁴⁹⁴ *The United Mexican States c. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, para. 99

⁴⁹⁵ J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 79 à 82; *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 282-84; *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 96 et 102; I. ŠTEFÁNKOVÁ, préc. note 262

⁴⁹⁶ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225

⁴⁹⁷ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225, Part IV - Chapter D, para. 6 à 18; R. D. EDSALL, préc., note 241, p. 948

⁴⁹⁸ J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 85

⁴⁹⁹ Ce qui est prévu spécifiquement à l'accord : ALÉNA, préc., note 13, Article 1136 (1)

laquelle font face les États membres lorsque vient le temps de mettre en place des mesures publiques qui pourraient enfreindre les dispositions du chapitre 11. Ainsi, les élus ne peuvent se fier au fait qu'une décision ait été prise en leur faveur puisqu'un tribunal pourrait décider tout autrement dans un autre cas. Ils doivent donc demeurer prudents quant au contenu et à la portée des lois qu'ils adoptent afin d'éviter des poursuites, ce qui nuit sans aucun doute à leur pouvoir de légiférer librement.

Un tribunal pourrait choisir de suivre la décision rendue dans *Methanex*. Dans cette affaire, le gouvernement américain avait adopté une politique environnementale afin d'interdire les additifs MTBE dans l'essence produite au pays. L'investisseur alléguait que même si le méthanol est polluant et qu'il faille améliorer son entreposage, il n'y avait pas de preuve scientifique démontrant que l'exposition au MTBE à un faible degré est dangereuse pour la santé⁵⁰⁰. Ainsi, même si le gouvernement voulait éviter d'exposer le public à un produit pouvant constituer un danger pour l'être humain, un investisseur pourrait demander des preuves supplémentaires quant à la dangerosité d'un tel produit et imposer à l'État de justifier la mise en place d'une loi protégeant l'environnement et le public. Une telle interprétation des dispositions de l'ALÉNA équivaldrait à une renonciation des États signataires à invoquer le principe de précaution. Même si le tribunal n'a pas donné raison dans ce cas à Methanex, l'absence de *stare decisis* laisserait la porte ouverte pour d'autres investisseurs à un tel argumentaire.

⁵⁰⁰ D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 419

Tant que le texte de l'article 1110 demeurera rédigé de cette façon, les gouvernements signataires ne pourront légiférer librement sans craindre de devoir faire face à des poursuites en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. Le risque qu'un tribunal d'arbitrage considère une mesure comme étant une expropriation et ordonne à l'État de payer des sommes faramineuses en compensation aux entreprises étrangères ayant subi des dommages oblige les élus à y penser deux fois avant de voter une loi qui pourrait donner lieu à une poursuite.

ii. Articles 1102-1103

En ce qui concerne les articles 1102 et 1103 de l'ALÉNA, comme pour l'article 1110, l'interprétation qu'en font les tribunaux d'arbitrage a nécessairement un impact sur la capacité des États membres de légiférer. En effet, ces dispositions ont, à la base, été insérées dans le texte de l'accord pour empêcher les parties signataires d'adopter des mesures protectionnistes pouvant défavoriser les investisseurs étrangers au profit des entreprises locales. Or, comme l'analyse de la jurisprudence l'a démontré, pour qu'un tribunal détermine si une mesure est discriminatoire, il n'évalue pas seulement la mesure en soi, mais plutôt son application⁵⁰¹. Ainsi, un gouvernement ne pourra se défendre en disant qu'une mesure n'est pas *prima facie* discriminatoire⁵⁰². Un investisseur n'aura pas non plus à prouver une intention discriminatoire quelconque, car l'analyse vise plutôt à déterminer s'il y a une discrimination dans les faits⁵⁰³.

⁵⁰¹ T. WEILER, « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming Along Nicely », préc., note 304, p. 267

⁵⁰² T. WEILER, « The Significance of NAFTA Chapter 11 for the Development of International Economic Law », préc., note 45, p. 34

⁵⁰³ S. TABET, préc. note, 291, p. 365

Dans l'affaire *S.D. Myers*⁵⁰⁴, le tribunal a confirmé cette interprétation de l'article 1102 en concluant qu'un gouvernement a un pouvoir de voter des lois pour protéger l'environnement et la population et que même s'il met en place une politique publique dont l'objectif est légitime, l'application de celle-ci pourra toujours être jugée comme ayant un effet protectionniste et l'État ne sera pas à l'abri d'une plainte⁵⁰⁵. Il est certain que cette menace de voir une mesure gouvernementale légitime jugée comme étant protectionniste, par un tribunal d'arbitrage, pourrait, de façon indirecte, avoir un effet négatif sur la législation.

Néanmoins, contrairement aux plaintes faites en vertu de l'article 1110, celles qui se basent sur les articles 1102 ou 1103 peuvent être contestées par l'État, si celui-ci réussit à faire la preuve que la mesure qu'il a instaurée ne l'a aucunement été à des fins protectionnistes et s'il réussit à démontrer que cette mesure a un lien raisonnable avec une politique publique légitime⁵⁰⁶. Ainsi, ces dispositions porteraient un peu moins atteinte au pouvoir de l'État de légiférer que l'article 1110, puisque, dans le cadre d'une poursuite en vertu des articles 1102 ou 1103, l'État aura au moins la chance de pouvoir démontrer que la mesure n'a pas été instaurée à des fins protectionnistes. Toutefois, comme la jurisprudence l'a démontré, ce fardeau peut être difficile à remplir. En effet, dans plusieurs décisions, le tribunal a conclu qu'une seule démonstration d'une différence de traitement par l'investisseur suffisait à renverser le fardeau de preuve sur les épaules

⁵⁰⁴ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

⁵⁰⁵ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51, para. 255; S. TABET, préc. note, 291, p. 359-360; N. F. DIEBOLD, préc., note 293, p. 848-849; M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-21

⁵⁰⁶ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 85 à 95

de l'État le quel est alors présumé discriminer les entreprises étrangères sur la base de leur nationalité à moins de réussir à faire la preuve contraire⁵⁰⁷.

Bien que l'interprétation du tribunal des articles 1102 et 1103 soit moins néfaste pour les gouvernements membres de l'ALÉNA que celle de l'article 1110, ceux-ci ne sont pas à l'abri d'une plainte en vertu de ces dispositions. Dans le cadre d'une telle plainte, les États signataires doivent se décharger d'un lourd fardeau de preuve, une tâche difficile qui est coûteuse en frais d'avocats. Ainsi, la crainte d'avoir à faire face à de telles poursuites et la menace qu'une mesure gouvernementale légitime soit tout de même jugée protectionniste par un tribunal d'arbitrage pourrait avoir une influence négative sur les élus⁵⁰⁸.

Comme nous l'avons vu précédemment dans l'analyse des décisions portant sur des litiges découlant des articles 1102 et 1103, les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA ne sont pas cohérents par rapport au fardeau de preuve à imposer à l'État en la matière. Ce fardeau change d'une décision à l'autre, ce qui instaure un environnement très imprévisible pour les élus désirant voter des lois qui risqueraient de porter atteinte aux obligations contenues dans les dispositions du chapitre 11⁵⁰⁹. Puisque le texte de ces articles demeure toujours imprécis et que la jurisprudence qui en découle n'est pas constante, les gouvernements pourraient être hésitants lorsque viendrait le temps de

⁵⁰⁷ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 98; *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. The United Mexican States*, préc., note 355, para. 181

⁵⁰⁸ Par exemple: « In *Myers and U.S. – Trucking*, the environmental justifications were flat-out rejected », T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 38

⁵⁰⁹ S. TABET, préc. note, 291, p. 364

mettre en place des mesures pouvant mener à des poursuites en vertu de l'interdiction de discrimination que contient le chapitre 11. Ils pourraient modifier des projets de loi pour être certains de ne pas se retrouver devant les tribunaux d'arbitrage ou même choisir ne prendre aucun risque et tout simplement laisser tomber des initiatives gouvernementales qui auraient pu être profitables à la population.

iii. Article 1105

L'article 1105, qui impose à chaque Partie une obligation de traitement minimal conforme au droit international⁵¹⁰, a aussi été appliqué par les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA d'une façon qui pourrait porter atteinte au pouvoir de légiférer de l'État. Cette disposition découle de l'obligation de bonne foi en droit international qui doit être au centre des relations entre les parties et qui implique que l'État ne doit pas agir de façon discriminatoire ou malicieuse à l'égard des investisseurs étrangers⁵¹¹.

Cette notion de norme minimale de traitement a été interprétée de façon assez libérale dans le cadre de cet accord de libre-échange. Certains arbitres ont évoqué cet article pour sanctionner les États signataires pour un comportement qui ne correspondait pas nécessairement à un acte malicieux ou arbitraire. Comme nous l'avons vu précédemment, dans la décision *Metalclad*⁵¹², le tribunal a jugé que le refus d'une municipalité d'émettre un permis de construction à une entreprise d'élimination de déchets dangereux pour des raisons environnementales portait atteinte aux obligations du

⁵¹⁰ ALÉNA, préc., note 13, Article 1105

⁵¹¹ H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 32; R. DOLZER, préc., note 367, p. 90

⁵¹² *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209

Mexique en vertu de l'article 1105 de l'ALÉNA⁵¹³. Même si la ville avait des raisons légitimes de refuser d'accéder aux demandes de Metalclad, le tribunal a jugé que l'environnement n'était pas une compétence municipale et que la ville ne pouvait donc pas prendre de décisions liées à ce champ de compétences⁵¹⁴. De plus, les conclusions de cette décision font état d'un manque de transparence et d'équité procédurale de la part de la municipalité, ainsi que d'une atteinte aux attentes raisonnables de l'investisseur que l'ALÉNA a pour objectif de protéger⁵¹⁵. Cette affaire démontre clairement comment l'article 1105 peut être interprété de façon à interférer avec le pouvoir de légiférer de l'État, et ce, même à l'encontre d'un pallier gouvernemental qui n'a aucun contrôle sur la ratification de tel traité⁵¹⁶.

Bien entendu, le gouvernement canadien dément cet impact négatif du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la liberté des municipalités de légiférer. Le Ministère des Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada répond justement à la question sur son site Internet:

« Le chapitre 11 entrave-t-il la capacité de la municipalité de régler dans les domaines relevant de sa compétence? Non. Le chapitre 11 ne permet pas aux sociétés de forcer les gouvernements des pays, des provinces et des territoires ou les administrations municipales à abaisser

⁵¹³ *Id.*, para. 101 et 104

⁵¹⁴ *Id.*, para. 86

⁵¹⁵ T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », préc., note 296, p. 58-59

⁵¹⁶ De plus en plus, les provinces jouent un rôle dans la négociation des accords de libre-échange puisque leur absence peut nuire à la mise en œuvre et au respect des engagements de l'État. Voir à ce sujet Alexandre GAUTHIER et Simon LAPOINTE, *Les provinces canadiennes et les accords commerciaux internationaux*, Bibliothèque du Parlement, Parlement du Canada, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/cei-16-f.htm>> (site consultée le 6 juin 2015) : « Puisque les provinces ne sont pas signataires de ces accords, c'est au gouvernement fédéral qu'il incombe de défendre non seulement ses actions, mais également celles des provinces, et de verser une compensation aux investisseurs, le cas échéant. »

les normes réglementaires non discriminatoires, notamment les normes environnementales. Il n'empêche pas non plus les différents niveaux de gouvernement de légiférer et de réglementer dans l'intérêt public. »⁵¹⁷

Commentant la décision *Metalclad* plus spécifiquement, le gouvernement canadien affirme que celle-ci ne remet pas en cause le droit d'une municipalité d'établir une réglementation pour des motifs liés à l'environnement et à la santé publique. Il appuie également sa position sur le fait que les poursuites de l'ALÉNA ne forment pas de *stare decisis* et que les décisions sont intimement liées aux circonstances de chaque cas⁵¹⁸. Or, l'argument contraire est aussi vrai. Ainsi, puisque les décisions des tribunaux de l'ALÉNA ne génèrent aucun précédent, mais que la jurisprudence sert tout de même de guide pour les arbitres⁵¹⁹, un tribunal pourrait très bien se baser sur les conclusions de l'affaire *Metalclad* pour les appliquer à une situation similaire. Tant que le texte de l'article 1105 ne sera pas modifié, la porte sera ouverte à de telles interprétations juridiques.

À la suite de cette décision, la jurisprudence découlant de l'article 1105 n'a pas aidé à déterminer l'interprétation à apporter au texte de cette disposition. En effet, alors que les arbitres siégeant dans l'affaire *S.D. Myers* concluaient que pour enfreindre la norme minimale de traitement de l'article 1105, l'investisseur doit démontrer un

⁵¹⁷ GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *ALENA - Chapitre 11 – Investissement, Les municipalités et le chapitre 11 de l'ALENA, Questions et réponses*, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/Mun-FAQs.aspx?lang=fra> (site consulté le 6 juin 2015)

⁵¹⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *ALENA - Chapitre 11 – Investissement, Les municipalités et le chapitre 11 de l'ALENA, Questions et réponses*, préc., note 517

⁵¹⁹ D. M. PRICE, « Chapter 11 – Private Party vs. Government, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve? », préc., note 224, p. 111

comportement injuste et arbitraire de la part de l'État⁵²⁰, venant donc tempérer l'application de cette disposition, la décision *Pope & Talbot* établissait une interprétation beaucoup plus libérale, s'éloignant des conclusions de *S.D. Myers*, en incluant des éléments d'équité à prendre en considération dans son analyse⁵²¹.

Ainsi, devant cette incertitude et en l'absence de règle obligeant les arbitres à suivre les précédents jurisprudentiels, n'importe quel traitement d'un État envers un investisseur d'une Partie pourrait être jugé injuste et inéquitable et pourrait donc empêcher un gouvernement de légiférer librement. L'exemple de *Pope & Talbot* est révélateur à ce sujet, puisque la politique gouvernementale qui était en cause dans cette affaire était une mesure de contrôle de l'exportation du bois d'œuvre. L'exportation est un domaine dans lequel l'État a normalement un pouvoir de législation afin d'établir certaines balises pour assurer le contrôle de ses frontières.

Comme nous l'avons vu précédemment, les États signataires ont tenté de clarifier l'interprétation du standard minimal de traitement et de réduire l'application libérale qu'en ont donnée les tribunaux en permettant à la Commission du libre-échange de l'ALÉNA d'émettre une note d'interprétation relativement à l'article 1105⁵²². Puisqu'une interprétation de la Commission a une force obligatoire pour les tribunaux institués en vertu de la section B du chapitre 11⁵²³, cette note a contribué à restreindre l'application de

⁵²⁰ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 407

⁵²¹ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 407

⁵²² MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, préc., note 412; C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 390; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 413

⁵²³ ALÉNA, préc., note 13, Article 1131 (2)

cet article en renversant les conclusions de la décision *Pope & Talbot* et en rétablissant que l'interprétation donnée au standard minimal de traitement devait être conforme au droit international coutumier. De cette façon, on peut affirmer que depuis le 31 juillet 2001, l'article 1105 de l'ALÉNA est interprété d'une façon un peu plus restrictive qui avantage les États membres. Le pouvoir de réglementation des gouvernements est donc moins restreint par l'article 1105 depuis la mise en place de cette note d'interprétation.

Suivant la publication de cette note d'interprétation, les tribunaux ont appliqué l'article 1105 conformément au droit international coutumier. Or, ils ont adopté une approche évolutive des règles de droit international qui peut inclure d'autres éléments à prendre en compte et qui ne se restreint pas à l'objectif initial de cette disposition, soit de punir le comportement totalement arbitraire des États vis-à-vis les investisseurs étrangers⁵²⁴.

Ainsi, bien que la note d'interprétation de 2001 soit venue préciser la façon d'interpréter l'article 1105 en tentant d'éviter que celle-ci soit appliquée d'une façon restreignant le pouvoir de législation de l'État, l'interprétation de cet article n'est toujours pas complètement claire et laisse la porte ouverte aux investisseurs étrangers qui peuvent intenter des poursuites contre des mesures légitimes prises par un État de façon démocratique.

⁵²⁴ *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, préc., note 92; *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345, para. 188 à 191

iv. Impacts directs sur la législation

À ce jour, il existe deux exemples indéniables de situations dans lesquelles le chapitre 11 de l'ALÉNA a eu un impact direct sur le pouvoir de l'État de légiférer, puisque dans ces deux cas le gouvernement canadien a véritablement abrogé des lois en raison de poursuites découlant des dispositions de cet accord. Dans les deux cas, il s'agissait de lois environnementales ayant un objectif légitime et ayant été votées de façon démocratique par les élus dans le respect de la Charte et de la Constitution canadienne.

a) Ethyl Coporation c. Canada

La première affaire remonte au 15 avril 1997, date à laquelle l'entreprise américaine Ethyl Corporation déposa une plainte devant un tribunal d'arbitrage de l'ALÉNA à l'encontre d'une loi canadienne⁵²⁵ ayant pour but de bannir l'utilisation du méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle (MMT)⁵²⁶. « Le MMT est une substance neurotoxique, utilisée comme additif pour l'essence, qui pose des problèmes pour la santé et pour l'environnement »⁵²⁷. Ce produit a d'ailleurs été banni par plusieurs États américain et le gouvernement canadien voulait faire de même⁵²⁸. L'entreprise, qui était

⁵²⁵ *Canada's Manganese-based Fuel Additives Act*, SC 1997, c. 11

⁵²⁶ MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *ALÉNA – Chapitre 11 - Investissement, Poursuites contre le Gouvernement du Canada, Ethyl Corporation c. le Gouvernement du Canada*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/ethyl.aspx?lang=fra>> (site consultée le 13 juin 2015)

⁵²⁷ Elizabeth MAY, *Que s'est-il passé aux termes du chapitre 11 de l'ALÉNA?*, 17 mai 2013, en ligne : <<http://elizabethmaymp.ca/fr/investor-state-treaties/what-happened-under-chapter-11-nafta>> (site consulté le 20 juin 2015)

⁵²⁸ G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 24

apparemment le seul exportateur de ce produit au Canada⁵²⁹, alléguait que le Canada violait ses obligations découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA⁵³⁰ et réclamait même des dommages-intérêts sur la base que le débat à la Chambre des communes à ce sujet portait atteinte à sa réputation⁵³¹.

Le Canada, étant poursuivi pour 251 millions et craignant une défaite devant le tribunal d'arbitrage de l'ALÉNA, a choisi de régler l'affaire hors-cour pour 19 millions de dollars, un montant qui a été directement prélevé du budget de base d'Environnement Canada⁵³². Le gouvernement a également abrogé la loi qu'il avait adoptée pour interdire le produit et a présenté des excuses publiques à Ethyl Corporation⁵³³.

b) S.D. Myers Inc. c. Canada

La seconde affaire dans laquelle les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA ont sans contredit brimé le pouvoir du gouvernement canadien de légiférer, est l'affaire *S.D. Myers*⁵³⁴. Comme nous l'avons mentionné précédemment, cette cause opposait le gouvernement canadien à une société américaine spécialisée dans le traitement et l'élimination des déchets de BPC. *S.D. Myers* alléguait que l'interdiction du Canada sur

⁵²⁹ *Id.*; J.A. MCKINNEY, préc., note 47, p.227

⁵³⁰ Plus précisément les articles 1102, 1106 et 1110 de l'ALÉNA

⁵³¹ E. MAY, préc., note 527

⁵³² E. MAY, préc., note 527; G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 24, J.A. MCKINNEY, préc., note 47, p. 227

⁵³³ *Id.*; D. SCHNEIDERMAN, préc., note 18, p. 129-134

⁵³⁴ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

les exportations de déchets de BPC vers les États-Unis constituait une violation de ses obligations prévues à l'accord⁵³⁵.

Contrairement à l'affaire *Ethyl*, les parties impliquées dans *S.D. Myers* ne se sont pas entendues pour régler hors-cour et sont allées jusqu'à la fin du processus arbitral. Le tribunal, dans sa décision, a reconnu que l'objectif de la loi était environnemental, mais que le moyen mis en place pour atteindre cet objectif était illégitime⁵³⁶. Ce qui est ironique dans cette décision est que même si le Canada n'avait pas interdit l'exportation de BPC, les États-Unis, eux, avaient interdit leur importation. Donc, même en l'absence de la loi canadienne, *S.D. Myers* n'aurait tout de même pas été en mesure d'importer ses déchets aux États-Unis⁵³⁷. Cette incongruité n'a pas empêché le tribunal de condamner le Canada au paiement de dommages-intérêts pour les mois pendant lesquels la frontière américaine était ouverte et que l'entreprise n'a pas pu exercer ses activités⁵³⁸.

Par ailleurs, le plus dérangeant dans cette affaire est, qu'en plus de devoir payer un montant faramineux en dommages-intérêts pour une politique légitimement mise en place, le gouvernement canadien a également dû abroger sa loi qui n'était même pas encore en vigueur. En effet, la poursuite de *S.D. Myers* a été intentée pendant que le projet de loi était débattu au Parlement⁵³⁹. Si le gouvernement avait choisi de tout de

⁵³⁵ *Id.*, para. 88-128

⁵³⁶ *Id.*, para. 195 et 255

⁵³⁷ E. MAY, préc., note 527; G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 24

⁵³⁸ *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51; G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 24

⁵³⁹ G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 25

même continuer le processus d'adoption de sa loi, il aurait probablement eu à payer des dommages-intérêts sur une base continue tant que celle-ci serait demeurée applicable⁵⁴⁰. Il est clair, dans une telle situation, que le pouvoir du gouvernement canadien de légiférer librement a été gravement affecté par cette poursuite.

En fait, il est évident que, dans ces deux situations, le gouvernement canadien n'a pas réglementé comme il l'aurait fait avant l'entrée en vigueur du chapitre 11 de l'ALÉNA. On peut donc conclure et que les dispositions de ce chapitre briment le pouvoir de l'État de légiférer⁵⁴¹.

v. Poursuites pendantes qui atteignent le pouvoir de légiférer

Par ailleurs, le Canada n'a pas fini de voir son pouvoir de légiférer brimé par les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA. En effet, plusieurs poursuites toujours pendantes remettent en question des lois et des mesures mises en place de façon légitime par le gouvernement canadien. Plusieurs de ces poursuites concernent des mesures environnementales qui contreviendraient aux obligations du Canada en vertu de l'ALÉNA.

Par exemple, dans l'affaire *Clayton/Bilcon c. Le Gouvernement du Canada*⁵⁴², une multinationale américaine allègue que le Canada et la province de Nouvelle-Écosse, en imposant aux entreprises de se soumettre à une évaluation environnementale avant

⁵⁴⁰ *Id.*

⁵⁴¹ Élisabeth May, chef du Parti vert du Canada, partage également ce point de vue, voir E. MAY, préc., note 527

⁵⁴² *Clayton Family et Bilcon of Delaware Inc. c. Canada*, Notice of arbitration, 26 mai 2008

d'entamer la construction et l'opération de certains projets industriels, contreviennent aux dispositions de l'ALÉNA. Cet investisseur est d'avis que cette mesure législative est arbitraire, discriminatoire et fondamentalement injuste, même si elle est applicable aux entreprises locales et aux investisseurs étrangers de la même façon⁵⁴³.

Dans la même lignée, dans une autre affaire intentée le 6 juillet 2011, *Mesa Power Group LLC c. Canada*⁵⁴⁴, une entreprise américaine se plaint que certaines mesures prises par le gouvernement de l'Ontario se rapportant au Programme de tarifs de rachat garantis (TRG) autorisé par la *Loi sur l'énergie verte et l'économie verte* portent atteinte à son investissement et que ces mesures contreviennent aux obligations du Canada prévues aux articles 1102 à 1106 de l'ALÉNA.

À ce jour, neuf poursuites intentées contre le gouvernement du Canada sont toujours actives⁵⁴⁵ et plusieurs autres vont certainement s'ajouter à cette liste dans un futur rapproché. En fait, tant que les dispositions du chapitre 11 existeront, les entreprises étrangères auront toujours la possibilité d'intenter des recours judiciaires contre les mesures gouvernementales qui portent atteinte à leurs intérêts économiques et il serait contreproductif pour celles-ci de ne pas s'en prévaloir. Malgré les tentatives des Parties signataires de restreindre le champ d'application de ces dispositions, à l'aide des notes d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, ce n'est que par un

⁵⁴³ *Id.*, para. 11-13; Voir aussi G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 28

⁵⁴⁴ *Mesa Power Group LLC c. Canada*, Notice of Intent, 6 juillet 2011

⁵⁴⁵ *J.M. Longyear c. Canada; Eli Lilly and Company c. Canada; Lone Pine Resources Inc. c. Canada; Windstream Energy LLC c. Canada; Clayton/Bilcon c. Canada; Detroit International Bridge Company c. Canada; Mercer International Inc. c. Canada; Mesa Power Group LLC c. Canada; Mobil Investments Canada et Murphy Oil Corp. c. Canada*; Voir le site du Gouvernement du Canada pour plus d'information.

changement significatif dans le texte même de l'accord ou par un retrait définitif de ce chapitre que les États membres pourront légiférer librement dans l'intérêt de leur population. À défaut d'un changement concret dans le texte de l'accord, les investisseurs étrangers continueront de s'en prendre aux mesures législatives canadiennes ce qui influencera certainement les élus dans leurs futurs choix politiques. Ces derniers tiendront nécessairement compte, dans la mise en place des mesures gouvernementales, de la menace constante de devoir puiser dans les fonds publics pour payer des millions de dollars aux investisseurs affectés par leurs décisions, ce qui constitue une grave entrave au pouvoir de l'État de légiférer.

E. L'IMPACT DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le concept de primauté du droit établit le caractère suprême de la loi et implique que tous les citoyens sont égaux devant celle-ci. Au Canada, la primauté du droit englobe également le respect d'un autre concept fondamental à la démocratie canadienne, c'est-à-dire, le constitutionnalisme.

Dans cette section de notre analyse, nous nous pencherons d'abord sur l'impact de chaque disposition du chapitre 11 de l'ALÉNA sur les deux principaux concepts formant la primauté du droit, soit le caractère suprême du droit et l'égalité de tous devant la loi. Ensuite, nous évaluerons la menace que représente le chapitre 11 à l'intégrité du système juridique canadien. Finalement, nous évaluerons brièvement la constitutionnalité des dispositions dont nous avons fait l'analyse précédemment.

i. Article 1110

Comme nous l'avons établi dans la section précédente concernant l'évaluation de l'impact de l'article 1110 sur le pouvoir de l'État de légiférer, le texte de cette disposition est problématique en soi. En effet, cet article permet de contester une mesure qui est considérée équivaloir à une expropriation d'un investissement. Le libellé de l'article énonce spécifiquement que même si la mesure législative est non-discriminatoire et qu'elle a été mise en œuvre pour une raison d'intérêt public, l'État devra tout de même payer une indemnité à l'investisseur exproprié⁵⁴⁶. Un État qui n'abolirait pas une loi jugée contrevenir à l'article 1110, pourrait devoir payer des dommages-intérêts sur une base régulière tant que celle-ci serait en vigueur. Ainsi, le chapitre 11 de l'ALÉNA place la protection des intérêts économiques devant des lois votées de façon légitime par un gouvernement démocratiquement élu, ce qui vient nécessairement effriter le caractère suprême du droit canadien⁵⁴⁷.

Par ailleurs, cette disposition aurait aussi pour conséquence de créer une forme de favoritisme envers les investisseurs étrangers qui leur permettrait de se soustraire à l'application du droit canadien. Par exemple, dans l'affaire *Pope & Talbot*, même si le tribunal d'arbitrage n'a ultimement pas conclu que la mesure était discriminatoire, les arbitres ont jugé qu'une loi applicable à toutes les entreprises sans distinction pouvait être considérée comme une violation à l'article 1110 et qu'un investisseur étranger qui en serait affecté pourrait exiger une compensation. Donc, même si les entreprises locales

⁵⁴⁶ ALÉNA, préc., note 13, Article 1110

⁵⁴⁷ J. ATIK, préc., note 18, p. 145-146

subissaient le même impact négatif découlant de cette loi, elles n'auraient pas accès au recours dont leurs compétiteurs étrangers pourraient se prévaloir⁵⁴⁸.

Cette interprétation de l'article 1110, développée dans la décision *Pope & Talbot*, a été reprise par les tribunaux subséquents. Ce que les tribunaux d'arbitrage ont retenu des conclusions de cette affaire est que dès qu'une entrave significative à l'exercice d'un droit de propriété a pour effet de priver l'investisseur de l'usage de son investissement ou d'un bénéfice attendu, celui-ci est en droit de réclamer une compensation⁵⁴⁹. Or, aucune de ces décisions n'est venue définir ce que constitue une « interférence significative »⁵⁵⁰, ce qui laisse la porte ouverte à une interprétation très libérale de ce qui constitue une expropriation. Toute mesure mise en place par le gouvernement canadien et affectant un investissement d'une entreprise mexicaine ou américaine, même si elle est légitime et constitutionnelle, peut contrevenir au chapitre 11 de l'ALÉNA.

Néanmoins, la décision *Methanex* est venue tempérer cette interprétation libérale de l'article 1110. Dans cette affaire, une loi environnementale ayant un objectif public et non discriminatoire, a été considérée comme légitime. Le tribunal a jugé que cette loi devait s'appliquer à tous sans distinction. Le caractère suprême du droit canadien et le principe de l'égalité de tous devant celui-ci a donc été respecté dans cette décision⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 99

⁵⁴⁹ *Id.*, voir aussi *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51 et *Metalclad Corp. c. The United Mexican States*, préc., note 209

⁵⁵⁰ H. MANN et J. A. SOLOWAY, préc., note 258, p. 5 et 6

⁵⁵¹ *Methanex Corporation c. The United States of America*, préc., note 225

Comme nous l'avons répété maintes fois, le problème avec les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA est qu'ils ne sont pas liés par les jugements de leurs prédécesseurs. Ainsi, même si la décision *Methanex* a été rendue conformément au principe de la primauté du droit, elle pourrait être rejetée par les futurs arbitres qui auront à se pencher sur un cas similaire. D'ailleurs, c'est la conclusion à laquelle arrive l'auteur Joshua Elcombe. Selon lui, le tribunal dans *Methanex* a erré en ne concluant pas à une violation de l'ALÉNA et les tribunaux risquent de mettre cette décision de côté dans leur analyse de l'application de l'article 1110⁵⁵².

ii. Articles 1102-1103

Les articles 1102 et 1103 de l'ALÉNA ont été insérés dans l'accord de libre-échange afin d'assurer que les investisseurs étrangers ne subissent pas de discrimination comparativement aux investisseurs locaux. À la base, ces dispositions avaient pour objectif d'assurer un traitement égalitaire devant la loi, afin d'empêcher un gouvernement local d'utiliser son pouvoir pour favoriser les entreprises locales.

Or, l'interprétation de ces articles par les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA a eu un effet contraire, soit celui de favoriser les entreprises étrangères au détriment des entreprises locales. En effet, bien que ces dispositifs aient été rédigés pour contrer la discrimination nationale, ils ont été appliqués par les tribunaux à des cas de discrimination *de facto*⁵⁵³.

⁵⁵² J. ELCOMBE, préc., note 223, p. 85

⁵⁵³ S. TABET, préc. note, 291, p. 364-365

L'interprétation des articles 1102 et 1103 par les tribunaux d'arbitrage a donc eu pour effet de renverser le fardeau de preuve sur les épaules de l'État qui doit prouver, dès qu'une différence de traitement est démontrée par l'investisseur, que la mesure attaquée a été prise dans le cadre d'une politique gouvernementale ayant un objectif légitime⁵⁵⁴. Par exemple, dans l'affaire *Pope & Talbot*, le tribunal a jugé qu'une mesure gouvernementale visant à contrôler l'exportation s'appliquait de la même manière à tous les investisseurs et qu'elle n'avait aucun objectif protectionniste⁵⁵⁵. Toutefois, même si le tribunal n'a pas conclu à une violation de l'article 1102, il a tout de même fait peser sur les épaules du gouvernement canadien le fardeau de prouver que cette loi n'avait pas été adoptée dans le but d'avantager les entreprises locales.

Une telle interprétation vient nécessairement porter atteinte à la primauté du droit. En principe, le fardeau de prouver la faute repose sur les épaules du demandeur. Dans le cadre de l'ALÉNA, un investisseur devrait donc au moins prouver *prima facie* qu'il est discriminé sur la base de sa nationalité. Or, le fardeau de l'investisseur est tellement bas qu'il n'a qu'à démontrer l'existence d'une différence de traitement avec une seule entreprise œuvrant dans le même domaine et la discrimination sera présumée. Le fardeau de preuve retombe donc facilement sur les épaules de l'État membre qui devra démontrer que ladite mesure n'est pas discriminatoire. Il en résulte que le demandeur n'a

⁵⁵⁴ *Id.*, p. 358 et 366 ; J. KURTZ, préc., note 323, p. 345; *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 78; *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. The United Mexican States*, préc., note 352, para. 181

⁵⁵⁵ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 85-95

pratiquement pas besoin de démontrer une violation au chapitre 11 de l'ALÉNA pour pouvoir se prévaloir des protections offertes par celui-ci⁵⁵⁶.

Comme nous l'avons mentionné précédemment dans la section « iii. Articles 1102-1103 : traitement national et traitement de la nation la plus favorisée », rien dans le libellé des articles 1102 et 1103 n'indique que l'investisseur, pour réussir son action, doit démontrer une intention protectionniste de la part de l'État. Au contraire, même si aucune discrimination n'est *a priori* apparente, la différence de traitement sera présumée résulter de la nationalité du requérant, à moins que le gouvernement impliqué réussisse à faire la preuve contraire⁵⁵⁷.

Cette application des articles 1102 et 1103 de l'ALÉNA facilite donc les actions des investisseurs étrangers devant les tribunaux d'arbitrage au détriment de l'État d'accueil qui doit se défendre contre celles-ci. Ces deux parties ne sont donc pas traitées de la même façon devant la justice, ce qui contrevient au principe de l'égalité de tous devant la loi. De plus, cette interprétation des articles 1102 et 1103, favorable aux investisseurs, est injuste envers les entreprises locales qui n'ont pas recours à ces dispositifs et qui n'ont d'autre choix que de se soumettre aux mesures gouvernementales.

⁵⁵⁶ *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229, para. 79, M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, préc., note 292, p. 1102-24, 1102-25; *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345, para. 157-158; *Gami c. The United Mexican States*, préc., note 349, para. 114

⁵⁵⁷ *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. The United Mexican States*, préc., note 355, para. 181; S. TABET, préc. note, 291, p. 358

Comme pour l'ensemble des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, la jurisprudence portant sur les articles 1102 et 1103 n'a pas développé de test précis et constant qui pourrait être appliqué avec certitude à tous les différends découlant de ces articles. L'analyse du tribunal varie selon les faits relatifs à chaque cas et le fardeau de preuve imposé à l'État n'est pas le même d'une décision à l'autre⁵⁵⁸. Ainsi, les États qui doivent se défendre devant les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA font toujours face au risque de se retrouver devant des arbitres qui se baseront sur la jurisprudence qui leur est défavorable.

En vertu du concept de la primauté du droit, un État n'est normalement pas obligé de défendre l'application d'une loi adoptée en bonne et due forme dans l'intérêt du public. Or, l'interprétation que les tribunaux ont donnée aux articles 1102 et 1103 de l'ALÉNA a pour effet de contourner ce principe démocratique fondamental. Encore une fois, tant que les articles demeureront inchangés, les lois adoptées par les États signataires pourront être contestées par les investisseurs étrangers qui disposent d'un avantage considérable sur les investisseurs locaux ne pouvant se prévaloir de ces dispositions.

iii. Article 1105

Quant à l'article 1105, tel que mentionné précédemment dans la section « iv. Article 1105 : norme minimale de traitement », celui-ci a été inséré dans l'accord de libre-échange afin de protéger les investisseurs contre un traitement injuste et inéquitable de la part des États hôtes. Cette disposition se base sur le standard général du droit

⁵⁵⁸ S. TABET, préc. note, 291, p. 364

international qui condamne les actions malicieuses ou discriminatoires et qui reconnaît que la bonne foi doit gouverner les rapports entre les parties⁵⁵⁹.

Dans l'affaire *Metalclad*, un investisseur américain s'est basé sur la protection offerte par l'article 1105 pour contester la décision d'une municipalité mexicaine de refuser de lui émettre un permis pour lui permettre d'opérer son usine d'élimination de déchets, alors que le gouvernement fédéral lui avait déjà octroyé toutes les autorisations pour lui permettre d'exercer ses activités. Malgré le fait que chaque entreprise doit normalement obtenir un permis pour œuvrer sur le territoire de cette municipalité, cet investisseur étranger a plaidé que ce traitement ne constituait pas un traitement juste et équitable et que la ville avait excédé ses compétences en refusant de lui délivrer un permis, puisque sa décision aurait été basée sur des objectifs environnementaux ne relevant pas de sa juridiction. Ainsi, selon l'investisseur, afin de respecter ses obligations en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, le gouvernement fédéral mexicain aurait dû s'assurer que tous les permis nécessaires lui soient octroyés.

Le problème avec cette décision est qu'elle ignore complètement le droit de la municipalité mexicaine d'adopter des lois locales pour gouverner dans ses champs de compétence. Cette affaire démontre clairement comment l'étendu de l'interprétation de l'article 1105 peut porter atteinte à la primauté du droit. Selon certains auteurs, les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA ne devraient pas décider de la validité d'une législation locale ni des questions concernant la séparation des pouvoirs entre des

⁵⁵⁹ ALÉNA, préc., note 13, Article 1105; H. MANN et K. VON MOLTKE, préc., note 171, p. 32; R. DOLZER, préc., note 367, p. 90; I. F.I SHIATA, préc., note 368, p. 78-79

instances gouvernementales. Un tel litige devrait plutôt être résolu par les tribunaux domestiques⁵⁶⁰. Ainsi, le caractère suprême du droit d'un État s'effrite au profit des dispositions de l'ALÉNA qui priment sur celui-ci.

D'ailleurs, comme pour les autres dispositions de l'ALÉNA que nous avons analysées, le traitement jurisprudentiel de l'article 1105 est loin d'être uniforme. Certaines décisions viennent restreindre son interprétation⁵⁶¹ alors que d'autres l'élargissent à un point tel que n'importe quelle mesure gouvernementale pourrait être jugée constituer un traitement injuste et inéquitable d'un investisseur étranger, alors qu'elle continuerait de s'appliquer aux entreprises locales⁵⁶².

Évidemment, les États membres ont réalisé que l'interprétation libérale d'une telle disposition pouvait constituer un réel danger pour leur législation et pouvait permettre que des investisseurs étrangers reçoivent un traitement préférentiel devant la loi contrairement aux investisseurs locaux. C'est pour cette raison qu'ils ont tenté de réduire son application en adoptant une note d'interprétation visant à clarifier l'application de l'article 1105. Or, comme nous l'avons vu précédemment, les tribunaux ont continué d'interpréter cette disposition de différentes façons et, à ce jour, les États membres ne sont toujours pas à l'abri de voir leurs lois remises en question devant les tribunaux

⁵⁶⁰ R. C. JONES, préc., note 99, p. 527

⁵⁶¹ Voir *S.D. Myers Inc. c. Canada*, préc., note 51

⁵⁶² *Pope & Talbot c. Canada*, préc., note 229; D. A. GANTZ, préc., note 233, p. 407

d'arbitrage sur la base d'une allégation de traitement injuste et inéquitable de la part d'un investisseur étranger⁵⁶³.

Tant que le texte de l'article demeurera inchangé, comme c'est le cas pour les articles 1110, 1102 et 1103, cette disposition donnera un pouvoir indu aux investisseurs étrangers qui pourront l'utiliser pour contester des mesures gouvernementales légitimes portant atteinte à leurs intérêts, ce qui porte atteinte, par le fait même, à la primauté du droit. Par ailleurs, les mesures gouvernementales jugées abusives pour les investisseurs étrangers continueront de s'appliquer aux entreprises locales qui n'ont pas accès à la protection offerte par l'article 1105. Ainsi, les entreprises étrangères et les entreprises locales ne sont clairement pas traitées de façon égale devant la loi, ce qui constitue un impact direct à la primauté du droit, et donc, à la démocratie.

iv. Une menace à l'intégrité du système juridique canadien

Dans le même ordre d'idées, les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA portent atteinte au caractère suprême du droit en menaçant l'intégrité des systèmes juridiques des pays signataires, soit dans le cas qui nous intéresse, du Canada. Cet accord de libre-échange crée des tribunaux spéciaux pour régler les différends⁵⁶⁴. Les tribunaux d'arbitrage sont souvent utilisés en matière commerciale pour régler des litiges entre des entreprises, puisqu'ils ont comme avantage d'offrir une instance confidentielle à laquelle le public ne peut avoir accès. Cependant, cette confidentialité est incohérente avec

⁵⁶³ Voir à ce sujet *Mondev International Ltd. c. The United States of America*, préc., note 92 et *ADF Group Inc. c. The United States of America*, préc., note 345

⁵⁶⁴ ALÉNA, préc., note 13, Section B : articles 1115 à 1138, articles prévoyant l'arbitrage; C. WILKIE, préc. note 21, p. 27 et suivantes

l'application des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA. En effet, en raison de l'implication continuelle des gouvernements des parties signataires à titre de partie défenderesse et puisque les dommages octroyés aux investisseurs étrangers sont payés à même les fonds publics, ces litiges auront toujours une dimension publique et les citoyens ont légitimement le droit d'en être informés. Bien que les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA ne soient pas aussi fermés du public que l'arbitrage prévu par le droit civil québécois, il n'en demeure pas moins que ce système juridique est loin d'être aussi accessible pour le public que les tribunaux de droit commun.

De plus, la mise en place de ce système juridique propre à l'ALÉNA avait à la base un objectif précis, soit celui de pallier à l'instabilité du système juridique mexicain, auquel les investisseurs pouvaient difficilement faire confiance à l'époque où l'accord a été ratifié. Ainsi, l'utilisation des tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA plutôt que des tribunaux canadiens vient en quelques sortes remettre en question le système juridique canadien et le comparer au système juridique mexicain des années 1990.

Par ailleurs, les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA portent atteinte à l'intégrité du système juridique canadien d'une façon encore plus flagrante, soit, en donnant l'opportunité aux investisseurs de contester des jugements rendus par les tribunaux canadiens⁵⁶⁵, comme ce fut le cas dans les affaires *Loewen*⁵⁶⁶, et *Dow AgroSciences LLC*⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Voir à ce sujet J.E. ALVAREZ, « The ripples of NAFTA », préc., note 18, p. xxix; Quelques exemples de tels cas sont cités dans G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 10; Voir J.E. ALVAREZ, « Critical

Comme nous l'avons vu précédemment, dans la section « iv. Article 1105 : norme minimale de traitement » de cette étude, dans l'affaire *Loewen*, une entreprise canadienne, Loewen, a poursuivi le gouvernement américain sur la base qu'une décision rendue contre elle par une Cour du Mississippi constituait un déni de justice et que le gouvernement américain, par le biais de son système juridique, était responsable de ce traitement « injuste et inéquitable » en contravention de l'article 1105 de l'ALÉNA⁵⁶⁸.

Au final, les arbitres ont refusé de s'ingérer dans le processus judiciaire interne, mais ont tout de même conclu qu'un tel recours pourrait être intenté par un investisseur dans l'éventualité où une Partie n'offrirait aucun remède aux erreurs judiciaires de ces tribunaux⁵⁶⁹. Cette conclusion laisse donc la porte ouverte aux investisseurs qui voudraient tenter de contester des décisions rendues par les tribunaux internes d'un État démocratique.

Dans l'affaire *Dow AgroSciences LLC*, l'investisseur réclamait une indemnité de la part du Canada, parce que le Québec avait banni l'utilisation d'un pesticide que cette entreprise vendait, ce qui affectait grandement les intérêts économiques de celle-ci. Or, la Cour suprême du Canada avait déjà reconnu par le passé, dans l'affaire *Ville de Hudson*⁵⁷⁰, qu'une ville pouvait limiter l'utilisation de pesticide sur son territoire. Dans

Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven », préc., note 90; D. A. CARON, préc., note 90

⁵⁶⁶ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America*, préc., note 91

⁵⁶⁷ *Dow AgroSciences LLC c. Canada*, Notice of intent to submit a claim to arbitration, 25 août 2008 et Notice of arbitration, 31 mars 2009

⁵⁶⁸ C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 359

⁵⁶⁹ C. C. KIRKMAN, préc., note 370, p. 359

⁵⁷⁰ *114950 Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Ville de Hudson*, (2001) 2 R.C.S. 241

cette affaire, intentée par une entreprise locale, la Cour suprême a conclu en faveur de la ville, en confirmant qu'une municipalité pouvait légiférer ainsi dans l'intérêt du public. La poursuite de l'investisseur, dans *Dow AgroSciences LLC*, constituait donc une tentative de contourner, ou de renverser, la décision du plus haut tribunal du Canada⁵⁷¹. Heureusement pour le gouvernement canadien, l'affaire s'est finalement réglée hors-cours et aucun dommage-intérêt n'a dû être payé⁵⁷².

Malgré le fait qu'aucune décision n'ait été rendue dans l'affaire *Dow AgroSciences LLC*, et même si dans *Loewen* les arbitres ont conclu qu'ils ne devaient pas s'ingérer dans le processus judiciaire interne, il demeure toujours possible pour un investisseur étranger de tenter de contester une décision d'un tribunal canadien qui ne lui conviendrait pas. À moins que l'accord soit modifié afin d'exclure les actions en justice de la définition de « mesure », prévue à l'article 201⁵⁷³, les décisions des tribunaux internes risquent d'être contestées par les investisseurs devant les tribunaux d'arbitrage de l'ALÉNA. Les investisseurs étrangers, soi-disant victimes de « dénis de justice », peuvent donc obtenir des indemnités de la part des gouvernements locaux qui ne les traitent pas de façon « juste et équitable » en conformité avec l'article 1105⁵⁷⁴.

L'existence même de tels précédents menace la primauté du droit canadien et, par le fait même, la démocratie. Les États-Unis et le Canada disposent de systèmes juridiques

⁵⁷¹ G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 26

⁵⁷² *Dow AgroSciences LLC c. Canada*, Settlement Agreement, 25 mai 2011

⁵⁷³ ALÉNA, préc., note 13, article 201

⁵⁷⁴ Voir C. C. KIRKMAN, préc., note 370

développés et stables qui contiennent des garanties procédurales, tel que le droit d'appel, assurant l'intégrité du système. Le recours aux tribunaux d'arbitrage, pour les matières découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA, n'est donc pas nécessaire et vient porter atteinte à l'intégrité de ces systèmes juridiques et à la primauté du droit. De plus, les dispositions de l'ALÉNA n'étant pas applicables aux investisseurs locaux, ceux-ci doivent se contenter des recours offerts par le système juridique interne. Cela contrevient donc au principe de l'égalité de tous devant la loi, un concept inhérent à la primauté du droit.

vi. La constitutionnalité du chapitre 11 de l'ALÉNA

La question de la constitutionnalité du chapitre 11 de l'ALÉNA a déjà été discutée par la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Council of Canadians*⁵⁷⁵ qui a été portée en appel⁵⁷⁶. Une des questions en litige à laquelle le tribunal a dû répondre était de savoir si la procédure prévue par l'ALÉNA pour régler les différends entre un investisseur et un État est contraire à la section 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, parce qu'elle transfère et enlève certains pouvoirs des cours supérieures aux tribunaux d'arbitrage. À ce sujet, le juge de la Cour supérieure de l'Ontario a conclu que l'ALÉNA en tant que traité international ne faisait pas partie du droit interne canadien et que la Constitution canadienne ne lui était donc pas applicable⁵⁷⁷.

Une autre question qui a été discutée par ce tribunal ontarien est de savoir si la procédure de règlement des litiges prévue par l'ALÉNA viole les principes de

⁵⁷⁵ *R. v. Council of Canadians*, préc., note 95

⁵⁷⁶ *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)*, [2006] 217 OAC 316

⁵⁷⁷ *R. v. Council of Canadians*, préc., note 95, para. 37 à 44; Malgré sa mise en œuvre en vertu de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44

constitutionnalisme et de primauté du droit, qui constituent la pierre angulaire du système juridique canadien. Les demandeurs étaient d'avis que le règlement des différends entre l'État canadien et les investisseurs étrangers, ayant un impact significatif sur la législation et les politiques publiques et touchant à des droits et des valeurs fondamentales, ne peut se soustraire à l'application des principes constitutionnels canadiens, tels que la *Charte des droits et libertés*, la démocratie, le partage des pouvoirs et la primauté du droit⁵⁷⁸. La Cour a conclu que les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA n'étaient pas inconstitutionnelles:

[58] I am not persuaded that the NAFTA investor state procedure violates constitutionalism and the rule of law. Firstly, I have already determined that it does not infringe s. 96, an express provision of the Constitution. Secondly, although the NAFTA is not incorporated into Canada's domestic law, Parliament has approved the treaty in the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*. Thirdly, the NAFTA tribunals have no jurisdiction to invalidate domestic laws or government practices. Lastly, in interpreting the text of the NAFTA, Chapter 11 tribunals are governed by established principles of treaty interpretation such as those found in the *Vienna Convention on the Law of Treaties* and are to apply rules of international law. I agree with the Respondent's position that the Applicants are seeking to require international tribunals to interpret international treaties to which Canada is a party by reference to Canadian constitutional values and principles, a position at odds with international law regarding treaty interpretation. I am unable to conclude that the investor state procedure is unconstitutional based on any principles of constitutionalism and the rule of law.⁵⁷⁹

Ainsi, cette décision confirme que les procédures prévues par ce traité international se positionnent au-dessus de la Constitution et des principes fondamentaux du système canadien.

⁵⁷⁸ *R. v. Council of Canadians*, préc., note 95, para.55

⁵⁷⁹ *R. v. Council of Canadians*, préc., note 95, para. 58

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de cette décision et est arrivée aux mêmes conclusions que le juge de première instance, mais en appliquant des motifs différents. En effet, à la question de savoir si lorsqu'un traité n'est pas incorporé par le droit canadien la Constitution lui est quand même applicable, le juge de la Cour d'appel a choisi de ne pas donner de réponse finale⁵⁸⁰. En l'espèce, le juge a conclu que même si la Constitution s'appliquait à l'ALÉNA, ce traité ne violerait pas les principes constitutionnels canadiens⁵⁸¹. La Cour laisse ainsi la question en suspens, ce qui permettrait une éventuelle réponse contraire dans un cas différent. Par ailleurs, on aurait pu s'attendre à ce que cette question soit entendue jusqu'en Cour suprême, or, la permission d'appeler au plus haut tribunal du pays a été rejetée⁵⁸².

Ainsi, même si la Cour n'a pas clairement établi que le chapitre 11 de l'ALÉNA était inconstitutionnel, il demeure que, dans les faits, les décisions rendues par les tribunaux d'arbitrage et appliquant les dispositions de ce chapitre portent atteinte, comme nous l'avons vu précédemment, à des décisions législatives prises en conformité avec la Constitution, ce qui a pour effet d'effriter le caractère suprême de celle-ci.

Enfin, à la lumière de notre analyse, il est clair que les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA portent atteinte aux principes de la primauté du droit et de la démocratie, des concepts inhérents au constitutionnalisme canadien.

⁵⁸⁰ *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)*, préc., note 576, para. 26-27

⁵⁸¹ *Id.*, para. 29

⁵⁸² Permission d'en appeler refusée, [2007] CarswellOnt 4945 et 4946

VI. CONCLUSION

A. LES CONCLUSIONS DE NOTRE ANALYSE

En somme, cette étude des articles du chapitre 11 de l'ALÉNA et de leur interprétation par les tribunaux d'arbitrage nous indique que ses dispositions ont un impact concret sur la démocratie et sur la primauté du droit. Tel que nous l'avons vu précédemment, en étudiant les principaux indices démocratiques qui ont été établis par différents chercheurs et organisations qui se sont penchés sur l'étude de la démocratie dans le monde, les deux principaux critères qui sont récurrents dans la plupart de ces indices, et qui sont essentiels au bon fonctionnement de la démocratie, sont le pouvoir des représentants légitimement élus de légiférer sans entrave et de prendre des décisions politiques, ainsi que la primauté du droit.

Cette analyse nous a permis de conclure que les articles 1102, 1103, 1105, 1106 et 1110 de l'ALÉNA portent atteinte à la capacité de l'État de légiférer dans l'intérêt du public. Ce pouvoir qui est donné aux investisseurs étrangers d'intenter des poursuites à l'encontre du gouvernement canadien, lorsque celui-ci adopte une loi qui porte atteinte à leurs intérêts économiques, pourrait avoir comme conséquence de refroidir les ardeurs des élus qui préparent ces projets de loi. En sachant que le gouvernement devra faire face à des poursuites de plusieurs millions de dollars une fois qu'une telle loi sera votée, il est possible que les parlementaires y réfléchissent à deux fois avant de la sanctionner. Comme nous l'avons vu précédemment, même une fois adoptée, une loi contrevenant aux dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA pourrait être contestée devant les tribunaux

d'arbitrage et le gouvernement pourrait choisir de l'abroger pour éviter de devoir payer des dommages aux investisseurs étrangers qui sont affectés par son application.

Également, notre analyse nous a permis de constater que ces dispositions de l'ALÉNA ont un impact important sur la primauté du droit. En permettant aux investisseurs étrangers de contester des lois votées de façon légitime, démocratique et en accord avec la Constitution canadienne, les dispositions de l'ALÉNA portent atteinte au caractère suprême de la loi. Par ailleurs, comme nous l'avons vu en étudiant les décisions découlant de l'application des articles de cet accord, les entreprises locales, ne pouvant se prévaloir des droits prévus au chapitre 11 de l'ALÉNA, subissent un traitement inéquitable devant la loi. Ainsi, une loi qui serait jugée abusive et affectant les investissements étrangers continuerait tout de même de s'appliquer aux investisseurs locaux et d'avoir un impact sur leurs intérêts économiques, ce qui va à l'encontre du principe de l'égalité de tous devant la loi.

À la lumière de notre analyse, nous croyons que les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, telles qu'elles sont rédigées, constituent un danger pour la démocratie canadienne. Toutefois, l'interprétation de ces dispositions par les tribunaux d'arbitrage, depuis quelques années, est moins nocive qu'elle ne l'était auparavant. Les gouvernements signataires ont d'ailleurs réagi à la pression du public et aux pertes économiques actuelles ou anticipées résultant des litiges découlant des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA en essayant de réduire le spectre d'application de ces articles. En effet, l'un des principaux problèmes, lié à l'application de ces dispositions, réside

dans le fait que celles-ci sont rédigées de façon très large et imprécise et qu'elles sont interprétées de façon inconsistante par les tribunaux d'arbitrage⁵⁸³. C'est dans cette lignée que la note d'interprétation de l'article 1105⁵⁸⁴ a été créée, pour tenter de réduire le champ de protection que cette disposition accorde aux investisseurs étrangers⁵⁸⁵. Ainsi, ces tentatives des parties signataires de restreindre l'application de certaines dispositions a contribué à réduire le risque d'atteinte à la démocratie.

Toutefois, la principale conclusion à laquelle nous parvenons, suite à cette analyse, est que tant que le texte des dispositions du chapitre 11 demeurera tel qu'il a été rédigé, les investisseurs étrangers pourront toujours s'en prévaloir et pourront continuer d'intenter des poursuites très coûteuses, fondées ou non, à l'encontre du gouvernement canadien. Bien que, depuis quelques années, on remarque que l'interprétation que les tribunaux ont fait des dispositions de l'ALÉNA est plus favorable à l'État qu'elle ne l'était à la fin des années 1990, puisque les tribunaux ne suivent pas de *stare decisis* et que les décisions sont intimement liées aux circonstances de chaque cas, les gouvernements demeurent exposés à des poursuites et à des interprétations juridiques défavorables.

Par ailleurs, bien que notre analyse nous amène à conclure que les dispositions du chapitre 11 ont un impact négatif sur la démocratie, un des éléments importants qui

⁵⁸³ J. KURTZ, préc., note 323, p. 336-337

⁵⁸⁴ Voir par exemple la note d'interprétation de l'article 1105 MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, préc., note 412

⁵⁸⁵ D. A. GANTZ, « Contrasting Key Investment Provisions of the NAFTA with the United States – Chile FTA », dans T. WEILER (dir.), préc., note 18, p. 397

ressort de notre étude est que les indices démocratiques que nous avons utilisés pour établir les critères constitutifs de la démocratie ne semblent pas tenir compte des accords économiques internationaux dans leur analyse. En effet, ces tests ne mentionnent d'aucune façon l'existence de ces accords et leur impact sur la démocratie. D'ailleurs, bien que notre analyse démontre qu'un accord tel que l'ALÉNA a un impact significatif sur le pouvoir de l'État de légiférer et sur la primauté du droit, des critères qui sont considérés comme étant essentiels au bon fonctionnement de la démocratie, la majorité de ces tests classent le Canada dans les premiers rangs des pays libres et démocratiques et considèrent que le système politique canadien répond presque parfaitement aux critères constitutifs d'un pays démocratique⁵⁸⁶.

B. L'ÉTAT DE LA SITUATION ACTUELLE

Malgré les questions préoccupantes qu'ont soulevées les poursuites intentées en vertu des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, le gouvernement canadien ne souhaite pas se défaire du chapitre 11, ni le modifier. Le gouvernement reconnaît que plusieurs problématiques découlent des dispositions de ce chapitre, mais n'est pas prêt à rouvrir l'accord. En réponse aux nombreuses critiques soulevées à l'égard du chapitre 11, la solution proposée par le gouvernement canadien est de travailler avec le Mexique et les États-Unis afin d'apporter des éclaircissements aux dispositions qui posent des problèmes, notamment par le biais de notes d'interprétation, en vue d'aider les futurs

⁵⁸⁶ Voir le classement du Canada sur les sites du *Freedom House* (1-1 FREE), du *Polity* (10 : Full democracy) et *The Economist* (8^e rang, overall score : 9.08)

tribunaux d'arbitrage à comprendre les obligations prévues au chapitre 11, telles qu'elles ont été conçues par les rédacteurs⁵⁸⁷.

La principale raison pour laquelle le Canada ne veut pas se défaire de ce chapitre est que celui-ci est considéré essentiel aux investissements étrangers et que, sans ces investissements, l'économie canadienne serait mal en point. Cette opinion est d'ailleurs partagée par plusieurs auteurs qui ont étudié le sujet et pour qui les inconvénients résultant des accords économiques internationaux sont un bien petit prix à payer pour les nombreux bénéfices apportés par les investissements étrangers⁵⁸⁸.

Toutefois, la question se pose quant à savoir si ces dispositions sont réellement essentielles à la venue d'investissements étrangers au Canada. Tel que l'énonce la professeure Geneviève Dufour, qui a étudié l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la capacité de l'État à agir pour le bien public, il n'existe aucune preuve, actuellement, que l'augmentation des investissements étrangers est due aux dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA et non à d'autres facteurs⁵⁸⁹. Plusieurs études tendent plutôt à démontrer le contraire⁵⁹⁰. En effet, plusieurs pays, avant de signer des traités similaires à l'ALÉNA comptaient parmi les pays recevant le plus d'investissements étrangers, notamment la Chine, qui fut pendant plusieurs années le premier destinataire des investissements

⁵⁸⁷ Voir à ce sujet le site Web du Gouvernement du Canada, en ligne, <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/dis-diff/Mun-FAQs.aspx?lang=fra>> (site consulté le 10 avril 2015)

⁵⁸⁸ Ian A. LAIRD, « NAFTA Chapter 11: NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little », (2001) 2 *CHI.J. INT'L L.* 223, 229

⁵⁸⁹ G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 15-17

⁵⁹⁰ A. KAUSHAL, préc., note 41, p. 491, 493-494 et p. 497 et suivantes

étrangers américains et brésiliens⁵⁹¹. De même, l'Union européenne était, avant de conclure un traité sur les investissements avec le Canada, une importante source d'investissements étrangers directs pour le Canada. Entre 2000 et 2010, les investissements en provenance de l'Union européenne ont augmenté dans une proportion similaire à l'augmentation des investissements provenant des États-Unis, alors que le Canada et les États-Unis étaient parties à l'ALÉNA⁵⁹². D'ailleurs, durant la même période, les investissements mexicains effectués au Canada ont très peu augmenté, malgré l'inclusion du Mexique dans l'ALÉNA⁵⁹³.

Au surplus, la raison d'être du chapitre 11 de l'ALÉNA, soit la protection des investisseurs canadiens et américains faisant affaires au sein d'un pays politiquement et juridiquement instable comme le Mexique, ne semble plus applicable, puisque le Mexique ne fait pratiquement plus l'objet de poursuites depuis plusieurs années.

Ainsi, il appert que les traités sur les investissements ne sont pas essentiels aux investissements étrangers et qu'ils ne sont pas non plus la cause véritable qui explique l'augmentation des investissements étrangers effectués dans un État. Bien que les effets positifs de l'ALÉNA, et plus particulièrement de son chapitre sur les investissements, soient loin d'être prouvés, ce qui est clairement établi, c'est que l'ALÉNA a eu plusieurs effets nocifs et inattendus, en particulier sur la démocratie canadienne.

⁵⁹¹ A. KAUSHAL, préc., note 41, p. 508-509

⁵⁹² G. DUFOUR, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », préc., note 19, p. 16

⁵⁹³ *Id.*

Actuellement, de nombreux accords de libre-échange similaires à l'ALÉNA sont ratifiés à travers le monde, notamment par le Canada⁵⁹⁴. Par exemple, le Canada a conclu le 5 octobre 2015 un partenariat transpacifique (le « PTP ») que le gouvernement canadien qualifie lui-même de « l'initiative de libre-échange la plus vaste et la plus ambitieuse de l'histoire »⁵⁹⁵. Cet accord est d'une importance majeure pour le Canada puisqu'il rallie plusieurs pays, soit l'Australie, le Brunéi Darussalam, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, les États-Unis et le Vietnam. Le PTP comprend un chapitre complet sur l'investissement qui contient des dispositions relatives à l'expropriation. Sur le site Internet du gouvernement du Canada on y lit que cet accord inclut des règles visant à protéger les investisseurs en vertu desquelles les investisseurs des pays du PTP ne peuvent être traités de façon discriminatoire. Ces règles comprennent aussi des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, qui prévoient un accès indépendant à un processus impartial et rapide de règlement des conflits⁵⁹⁶. On y précise que :

Depuis l'ALENA, les règles du [règlement des différends entre investisseurs et États] font partie intégrante des accords de libre-échange globaux conclus par le Canada. Elles procurent aux investisseurs la certitude que leurs investissements seront protégés contre toute mesure discriminatoire ou arbitraire que pourrait prendre un gouvernement.⁵⁹⁷

Il semble donc qu'il est maintenant coutume, dans le cadre des négociations des nouveaux accords économiques internationaux, d'inclure des dispositions sur les investissements semblables à celles du chapitre 11 de l'ALÉNA, et ce, sans se

⁵⁹⁴ Voir le site du Gouvernement du Canada pour les accords en négociation et nouvellement conclus : <http://www.international.gc.ca>

⁵⁹⁵ *Id.*

⁵⁹⁶ *Id.*

⁵⁹⁷ *Id.*

questionner sur leur efficacité réelle et sur leurs nombreux effets négatifs sur la société et la démocratie des pays signataires.

C. LES SOLUTIONS À ENVISAGER

Devant ces diverses problématiques, quelles solutions s'offrent au Canada? Une des solutions proposées par certaines critiques du chapitre 11 de l'ALÉNA serait que les Parties concluent une entente pour retirer complètement ce chapitre de l'accord. Toutefois, une réouverture de l'ALÉNA ouvrirait la porte à la renégociation des autres chapitres, ce qui pourrait mener à d'autres problématiques.

Une autre solution envisageable pour réduire les effets nocifs du chapitre 11, et probablement moins drastique, serait de définir exactement les termes et la portée de chacun des articles du chapitre 11 en accord avec l'intention initiale des rédacteurs. Les Ministres du commerce international de chaque Parties pourraient se rencontrer afin de donner des lignes directrices plus étroites aux tribunaux dans leur interprétation des articles, tel qu'ils ont le pouvoir de le faire en vertu de l'article 2001 (2) c⁵⁹⁸ et tel qu'ils l'ont déjà fait en adoptant la note d'interprétation de l'article 1105. L'article 2001 (2) c a été inséré dans l'accord spécifiquement pour éviter que celui-ci ne soit interprété en contradiction avec l'intention de ses rédacteurs et les Parties ne semblent pas l'avoir suffisamment utilisé à cette fin.

Par ailleurs, certains auteurs ont également proposé d'instaurer un moyen procédural afin de réduire l'impact négatif des poursuites intentées par les investisseurs

⁵⁹⁸ ALÉNA, préc., note 13, Article 2001 (2) c)

étrangers sur la capacité de l'État de légiférer librement. Afin d'éviter les poursuites abusives, non-fondées et inutilement coûteuses à l'encontre des États hôtes, les Parties pourraient incorporer un mécanisme permettant un examen préliminaire des poursuites qui inclurait des sanctions à l'encontre des investisseurs étrangers intentant de telles poursuites⁵⁹⁹.

Néanmoins, même si le Canada omet d'agir relativement aux problématiques découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA, il serait à tout le moins essentiel de ne pas répéter les erreurs du passé. Or, il semble que le Canada continue toujours de conclure des accords économiques internationaux dont les dispositions sur les investissements sont calquées sur celles du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Quoi qu'il en soit, tant que le Canada omettra d'agir pour restreindre la portée de ces articles controversés et tant qu'il continuera de ratifier de nouveaux accords contenant des dispositions similaires, les investisseurs étrangers pourront se prévaloir de ces dispositions pour tenter d'obtenir des compensations ou, du moins, pour exercer une pression indue sur le gouvernement canadien désirant légiférer dans l'intérêt du public. Au bout du compte, les avantages économiques résultant des dispositions sur les investissements pourraient être éclipsés par les effets négatifs majeurs que celles-ci ont sur la démocratie et sur le bien-être des citoyens canadiens.

⁵⁹⁹ R. C. JONES, préc., note 99, p. 545

Bibliographie

A. Législation

i. Législation canadienne

An Act to Return to the Crown Certain Rights Relating to Timber and Water Use Vested in Abitibi-Consolidated and to Expropriate Assets and Lands Associated with the Generation of Electricity Enabled by those Water Use Rights, SNL 2008, c. A-1.01

Canada's Manganese-based Fuel Additives Act, S.C. 1997, c. 11

International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, (R.-U.)

Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44

ii. Législation étrangère

An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown (1 Will. & Mar. sess. 2 c. 2) (*Bill of Rights* de 1689)

Habeas Corpus Act, 1679, 31 Car. II, c. 2

Magna Carta, 9 Hen. III. (1215)

iii. Accords et traités internationaux

Accord de libre-échange nord-américain intervenu entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États Mexicains Unis et le gouvernement des États-Unis, 17 décembre 1992, 32 ILM 289, 605

Accord économique global avec l'Union économique européenne, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agracc/eu-ue/can-eu.aspx?lang=fra&view=d> (site consulté le 18 octobre 2012)

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Affaires étrangères et Commercies international Canada, sous l'onglet « APIEs » dans la section « Négociations et accords », en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=fra>> (site consulté le 10 juin 2013)

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T.S.N. vol. 1155

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, Article 13-03, 15 avril 1994, (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) en ligne, <http://www.sice.oas.org/trade/mexcr_s/> (site consulté le 20 octobre 2012)

Statut de la Cour internationale de justice (dans Charte des Nations Unies), 26 juin 1945, C.N.U.O.I, vol. 15, p. 365 (texte originaire), [1945] R.T.Can. n° 7

B. Doctrine

i. Traités et monographies

ALVAREZ, M., J.A. CHEIBUB, F. LIMONGI et A. PRZEWORSKI, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, Cambridge University Press, 2000

APPLETON, B., *Navigating NAFTA : a concise user's guide to the North American Free Trade Agreement*, Scarborough, Ontario, Carswell Thomson Professional Publishing, 1994

BENYEKHLEF, K., *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008

Black's Law Dictionary, 6th ed., 1990

DE SECONDAT MONTESQUIEU, C., *De l'esprit des lois*, 2 vol. in-4, Genève, Chez Barrillot & Fils, 1748

DE TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique I* (1835), Collection: Bibliothèque de la Pléiade (tome I: pp. 1 à 506), éd. par Les Éditions Gallimard, Paris, 1992

DE TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique II* (1840), Collection: Bibliothèque de la Pléiade (tome I: pp. 507 à 1193, éd. par Les Éditions Gallimard, Paris, 1992

DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885

DOLZER, R. et M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer Law International, The Hague, 1995

Encyclopédie Larousse, 2015, en ligne : <<http://www.larousse.fr/>> (site consulté le 1er mars 2015)

GONZALEZ ROJAS, F., *The Notion of Discrimination in Article 1102 of NAFTA*, Jean Monnet Chair, NYU School of Law, New York, NY 10012, 2005

HADENIUS, A., *Democracy and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992

HARVEY, D., *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, 2005

JACKSON, A. et M. SANGER, *Dismantling Democracy: The Multilateral Agreement on Investment (MAI) and Its Impact*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives and James Lorimer & Company Ltd., 1998

KINNEAR, M.N., A. K. BJORKLUND, J. F.G. HANNAFORD, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2009

KLÄGER, R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011

LOCKE, J., *The Two Treatises of Civil Government*, Hollis ed., 1689

MANN, H. et K. VON MOLTKE, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, The International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 1999

MCKINNEY, J.A., *Created from NAFTA: The Structure, Function and Significance of the Treaty's Related Institutions*, New York, Me Sharpe Ed., 2000

MORIN, A., *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux, commentaires et documents*, Lexis Nexis, 2008

MUNCK, G.L., *Measuring Democracy, A Bridge between Scholarship and Politics*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2009

ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social* (1762), éd. par Flammarion, Paris, 1992

SCHNEIDERMAN, D., *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008

SHIATA, I.F.I., *Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993

STIGLITZ, J.E., *Globalization and Its Discontents*, New York, Norton & Company Inc, 2002

YERGIN, D. et J. STANISLAW, *The Commanding Heights: The Battle for the World Economy*, New York, Simon & Schuster, 2002

ii. Ouvrages collectifs

ALVAREZ, J.E., « The ripples of NAFTA », dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

APPEL MOLOT, M., « Nafta Chapter 11: an evolving regime », dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

APPLETON, B., « Deliberations on the NAFTA Decade: Confronting Facts and Fiction in Light of Recent NAFTA Decisions », dans A. S. ALEXANDROFF, *Investor Protection in the NAFTA and Beyond: Private Interest and Public Purpose*, Ottawa, Renouf Publishing Company Limited, 2006

ATIK, J., « Legitimacy, transparency and NGO participation in the NAFTA Chapter 11 process », dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

BEAULAC, S., « The Rule of Law in International Law Today », dans G. Palombella et N. Walker (dir.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008

BROWNE, D., « Origins Commentary », dans L. RITCHIE-DAWSON (dir.), dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

CLARKSON, S., « *Hijacking the Canadian Constitution: NAFTA's Investor-State Dispute Arbitration* », dans A. S. ALEXANDROFF (dir.), *Investor Protection in the NAFTA and beyond Private Interest and Public Purpose*, Ottawa, C.D. Howe Institute

GANTZ, D.A., « Contrasting Key Investment Provisions of the NAFTA with the United States – Chile FTA », dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

HART, M.M. et W. A. DYMOND, « NAFTA Chapter 11: Precedents, Principles and Prospects », dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

HUGHES, P., « The Rule of Law: Challenges in a Global Economy », dans P. HUGHES et P. A. MOLINARI (Dir.), *Participatory Justice in a Global Economy: The New Rule of Law*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003

KURTZ, J., « National Treatment, Foreign Investment and Regulatory Autonomy: the Search for Protection or something more? », dans P. KAHN et T. W. WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de Droit international de La Haye

LAIRD, I.A., « Betrayal, shock and outrage – recent developments in NAFTA Article 1105 » dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

MCRAE, D.M., « Introduction », dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

ORTIZ, E., « NAFTA and Foreign Investment in Mexico » dans A. M. RUGMAN (dir.), *Foreign Investment and NAFTA*, Columbia, University of South Carolina Press, 1994

PARK, W.W., « Expropriation and Taxation Under the NAFTA », dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

SCHWANEN, D., « Commentary », dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

SHARMA, R., « The Jurisprudence Interpreting NAFTA Article 1106 : The Prohibition Against Performance Requirements », dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

TABET, S., « Application de l'obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement : nouveaux problèmes à la lumière de la jurisprudence de l'OMC », dans P. KAHN et T.

THOMAS, J.C., « Commentary: a practitioner's perspective », dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

RAMOS URIARTE, J.L., « Foreign Investment in Mexico Under NAFTA », dans S.J. RUBIN et D.C. ALEXANDER (dir.), *Nafta and Investment*, The Hague, Kluwer Law International, 1995

VAN DUZER, J.A., « NAFTA Chapter 11 to Date: The Progress of a Work in Progress », dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

W. WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de droit international de La Haye, 2007

WEILER, T. et L. M. DIAZ, « Causation and Damages in NAFTA Investor-State Arbitration », dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

WEILER, T., « The Significance of NAFTA Chapter 11 for the Development of International Economic Law », dans T. WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and*

Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004

WILKIE, C., « The Origins of NAFTA Investment Provisions: Economic and Policy Considerations », dans L. RITCHIE DAWSON (dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002

iii. Articles de revue, études de recueil et rapports de recherches

ACEMOGLU, D., S. JOHNSON, J.A. ROBINSON et P. YARED, *Income and Democracy*, Columbia University, en ligne : <<http://www0.gsb.columbia.edu/faculty/pyared/papers/democracy.pdf>> (site consulté le 9 septembre 2012)

AFILALO, A., « Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-) Construction of NAFTA Chapter 11 », (2005) 25 *NW. J. Int'L. L. & BUS.* 279

ALDRICH, G., « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », (1994) 88 *AJIL* 585

ALVAREZ, J.E., « Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven », (1997) 28 *U Miami In-Am L. Rev.* 303

ALVAREZ, M., J.A. CHEIBUB, F. LIMONGI et A. PRZEWORSKI, « Classifying Political Regimes », (1996) 31 no 2 *Studies Comparative International Development* 3, en ligne : <http://www9.georgetown.edu/faculty/jrv24/Alvarez_et_al_1996.pdf> (site consulté le 3 septembre 2012)

BACHAND, R., *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe-t-il une alternative au modèle ALENA ?*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, 2001, en ligne : <<http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/GRIC-etude.pdf>> (site consulté le 12 octobre 2012)

BACHAND, R., *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, Quelles leçons en tirer?*, Montréal, Département de science politique, Université du Québec à Montréal, Octobre 2001

BARRO, R.J., « Democracy and Growth » (1996) 1 *Journal of Economic Growth* 3

BARRO, R.J., « Determinants of Democracy », (1999) 107 no 6 *Journal of Political Economy* 158

BODDY-EVANS, A., « Anocracy », About.com Guide, African History, en ligne : <<http://africanhistory.about.com/od/glossarya2/g/def-Anocracy.htm>> (site consulté le 12 octobre 2012)

BOTTARI, M., L. WALLACH et D. WASKOW, *Public Citizen & Friends of the Earth, Nafta Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy: Lessons for Fast Track and the Free Trade of the Americas*, Public Citizen, Friends of the Earth, 2001, En ligne : <<http://www.citizen.org/publications/publicationredirect.cfm?ID=7076>> (site consulté le 25 octobre 2012)

BOTTARI, M. et L. WALLACH, « NAFTA'S Threat to Sovereignty and Democracy: The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005 », *Lessons for the Central America Free Trade Agreement*, Public Citizen, Février 2005, en ligne : <<http://www.citizen.org/documents/Chapter-11-Report-Final.pdf>> (site consulté le 3 octobre 2012)

BOULAD-AYOUB, J., « Le XVIII^e siècle : siècle des Lumières », Département de philosophie UQAM, en ligne : <<http://www.phi2080.uqam.ca/book/export/html/22>> (site consulté le 5 mars 2012)

BÜTHER, T. et H.V. MILNER, « The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements? », (2008) 52 no 4 *American Journal of Political Science* 741, en ligne : <http://www.princeton.edu/~hmlner/forthcoming%20papers/ButheMilner_AJPS_PoliticsOfForeignDirectInvestmentIntoDevelopingCountries.pdf> (site consulté le 8 septembre 2012)

BÜTHER, T. et H.V. MILNER, *The Interaction of Domestic and International Institutions: Democracy, Preferential Trade Agreements, and Foreign Direct Investment into Developing Countries*, Princeton University, 28 avril 2010, en ligne : http://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/ptas/BM_pta_paper.pdf (site consulté le 8 septembre 2012)

CARON, D.A., « Arbitration – NAFTA chapter 11 – relationship of arbitral tribunal to domestic court – Loewen and Mondev cases », (2004) 98 *Am. J. Int'l L.* 155

CHOUDHURY, B., « Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights », (2009) 46 *Alta L. Rev.* 983

COMMITTEE ON EVALUATION OF USAID DEMOCRACY ASSISTANCE PROGRAMS, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Improving Democracy Assistance: Building Knowledge Through Evaluations and Research*, 2008, en ligne: <http://www.nap.edu/catalog.php?record_id=12164> (site consulté le 13 septembre 2012)

COPPEDGE, M., A. ALVAREZ et L. GONZÁLEZ, « Drugs, Civil War, and the Conditional Impact of the Economy on Democracy », (octobre 2007), The Helen Kellogg Institute for International Studies, Working Paper #341, en ligne: <<http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/341.pdf>> (site consulté le 3 septembre 2012)

CUMMING, J. et R. FROEHLICH, « NAFTA Chapter XI and Canada's Environmental Sovereignty: Investment Flows, Article 1110 and Alberta's Water Act », (2007) 65 *University of Toronto Faculty of Law Review* 107

DAVIS, C.L., *Why Adjudicate? Enforcing Trade Rules, Democratic Propensity for Adjudication*, Princeton University, 2009, en ligne: <https://bc.sas.upenn.edu/system/files/Davis_11.19.09.pdf> (site consulté le 6 septembre 2012)

DEPALMA, A., « Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say », *The New York Times*, 11 Mars 2001, en ligne: <<http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html?pagewanted=all&src=pm>> (site consulté le 8 octobre 2012)

DIEBOLD, N.F., « Standards of Non-Discrimination in International Economic Law », (2011) 60 *Cambridge Journals* 831

DODGE, W.S., « Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement », (2006) 39 no 1 *Van derbilt Journal of Transnational Law* 25

DOLZER, R., « Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties », (2005) 39 *Int'l Law.* 87

DOUGHERTY, K., « Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation » (2007) 27 *Nw. J. Int'l L. & Bus* 735

DOUGLAS, P.B. et T. UEONO, « A Practitioner's Guide to Chapter 11 of NAFTA », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *L'ALÉNA et l'avocat d'affaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, à la page 143

DRACKNER, M., *Educational Investment and Democratic Development, A theoretical and empirical overview*, (2010) MD Outcome Consulting Gita Subrahmanyam, London School of Economics, en ligne: <http://www.sida.se/Global/About%20Sida/S%C3%A5%20arbetar%20vi/report%20EDU-DEMO_final%20version_18%20nov.pdf> (site consulté le 12 septembre 2012)

DUFOUR, G. et H. TRUDEAU, « L'État a-t-il encore toute la marge de manœuvre qu'il devrait avoir? L'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur le droit québécois de l'environnement », dans Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de l'environnement 2012*, volume 352, Éditions Yvon Blais, 2012, à la page 225

DUFOUR, G., « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque », (2012) 12-1 *Lex Electronica*, p. 12, en ligne : <www.lex-electronica.org/docs/articles_307.pdf> (site consulté le 4 octobre 2012)

DUFOUR, G., *Le chapitre 11 de l'ALÉNA : une menace pour la démocratie ?*, (2006) Actes du colloque enjeux et acteurs de la régulation dans une économie mondialisée, 74^e Congrès de l'ACFAS 181

EDSALL, R.D., « Indirect Expropriation Under Nafta and Dr-Cafta: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations», (2006) 86 *Boston University Law Review* 931, p. 950-951

ELCOMBE, J., « Regulatory Powers vs. Investment Protection Under NAFTA's Chapter 1110: Metalclad, Methanex, and Glamis Gold », (2010) 68 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 71

EPPS, T. et C.M. FLOOD, « Have we traded away the Opportunity for Innovative Health Care Reform? The implications of NAFTA for Medicare », (2002) 47 *McGill L.J.* 747

EPSTEIN, H., « NAFTA, other international agreements and local government jurisdiction: Comments on United Mexican States vs Metalclad Corp. », (2003) 34 *MPLR* (3d) 44

FALSAFI, A., « The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property: A Contingent Standard », 30 *Suffolk Transnational Law Review* 317

FARQUHAR, D., « Trade, the Environment and State Environmental Health Law », National Conference of State Legislatures, présentée à la Faculté de droit de l'Université de Denver, août 2010, en ligne : <<http://works.bepress.com>> (site consulté le 15 mars 2012)

FOY, P.G., « Effectiveness of NAFTA's Chapter 11 Investor State Arbitration Procedures », (2002) *ICSID Review Foreign Investment Law Journal (USA)* 44

FRANCK, S.D., « Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law », (2007) 19 *Global Business & Development Law Journal* 337

FRANCK, S.D., « The Legitimacy Crisis Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », (2005) 73 *Fordham Law Review* 1521

GANGULY, S., « The Investor-State dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health » (1999) 38 *Colum. J. Transnat'l L.* 113

GANTZ, D.A., « Potential Conflicts between Investor Rights and Environmental Regulation Under NAFTA's Chapter 11 », (2001) 33 *Geo. Wash. Int'l. Rev.* 651

GAUTHIER, A. et S. LAPOINTE, *Les provinces canadiennes et les accords commerciaux internationaux*, Bibliothèque du Parlement, Parlement du Canada, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/cei-16-f.htm>> (site consultée le 6 juin 2015)

GRANGER, C. et J.-M. SIROËN, *Les démocraties sont-elles plus ouvertes à l'échange ?*, Équipe Universitaire de Recherche : Institutions: Coordination, Organisation (EURISCO), Université Paris 9-Dauphine., en ligne : <<http://www.dauphine.fr/siroen/democratie.pdf>> (consultée le 4 septembre 2012)

HADENIUS, A. et J. TEORELL, *Assessing Alternative Indices of Democracy*, Committee on Concepts and Methods Working Paper Series, 2005, en ligne : <<http://www.concepts-methods.org/Files/WorkingPaper/PC%206%20Hadenius%20Teorell.pdf>>, (site consulté le 3 septembre 2012)

HAIGH, D.R., « The Management and Resolution of Cross-border Disputes as Canada/U.S. Enter the 21st Century: Chapter 11 – Private Party vs governments, investor-state dispute settlement: Frankenstein or Safety Valve? », (2000) 26 *Can. U.S.L.J.* 115

HAUT REPRÉSENTANT DE L'UNION POUR LES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET LA POLITIQUE DE SÉCURITÉ, « Implementation of the European Neighbourhood Policy in 2011 Statistical Annex », European Commission, Brussels, 15.5.2012 SWD (2012) 122 final, en ligne : <http://ec.europa.eu/world/enp/docs/2012_enp_pack/statistical_annex_en.pdf> (site consulté le 15 septembre 2012)

HÖGSTRÖM, J., « Does the Choice of Democracy Measure Matter? Comparisons between the Two Leading Democracy Indices, Freedom House and Polity IV », (2013) 48 *Cambridge Journals* 201

HORLICK, G.N. et MARTI, A.L., « NAFTA Chapter 11B: A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments » (1997) 14 *Journal of International Arbitration* 43

HUBER, E., D. RUESCHEMEYER et J. D. STEPHENS, « The Impact of Economic Development on Democracy », (1993) 7 *Journal of Economic Perspectives* 71

JONES, R.C., « NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution: A Shield to Be Embraced or a Sword to Be Feared? » (2002) 2 *Brigham Young University Law Review* 527

KAUSHAL, A., « Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime », (2009) 50 no 2 *Harvard International Law Journal* 491

KINNEAR, M. et R. HANSEN, « The Influence of Nafta Chapter 11 in The Bit Landscape », (2005) 12:101 *University of California, Davis* 101, en ligne : <<http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/Volume%2012.1/kinnear1-27.pdf>> (site consulté le 12 octobre 2012)

KIRKMAN, C.C., « Fair and equitable treatment : Methanex v. United States and the narrowing scope of NAFTA Article 1105 », (2002) 34 *Law and Policy in International Business* 343

KNACK, S., « Does Foreign Aid Promote Democracy? », (2004) 48 *International Studies Quarterly* 251

KURTZ, J., « A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment », (2002) 23 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 712

LAIRD, I.A., « NAFTA Chapter 11: NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little », (2001) 2 *CHI.J. INT'L L.* 223

LANE, J.-E et S. ERSSON, « The Riddle of Federalism: Does Federalism Impact on Democracy? », (2005) 12 *Democratization* 163

LAWRENCE, J.C., « Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriations After Methanex » (2006) 41 *Ga. L. Rev.* 261

LEMIEUX, D. et S. MEKKI, « La révision judiciaire des décisions en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA » (Canada c. SD Myers), (2004) 45 *Les Cahiers de Droit* 791

LUTZ, M.A. et C.M. MILLER, « Globalization and Canadian Federalism: Implications of NAFTA's Investment Rules », (2002) 47 *McGill L.J.* 951

MACDONALD, D.S., « Chapter 11 of NAFTA: What are the implications for sovereignty? », (1998) 24 *CUSLJ* 281

MALTAIS, A.L., *L'investissement dans l'Accord économique et commercial global Canada-Europe et ses conséquences pour le Québec*, Rapport de recherche de l'Institut de recherche en économie contemporaine, 2011, en ligne : <<http://www.tca.qc.ca/documents/pdf/irec/2011-09-BulletinIREC.pdf>> (site consulté le 20 octobre 2012)

MANN, H. et J.A. SOLOWAY, *Untangling the Expropriation and Regulation Relationship: Is There a Way Forward?*, Report to the Ad Hoc Expert Group on Investment Rules and the Department of Foreign Affairs and International Trade, Ministère des affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, 31 mars 2002

MANN, H., « British Treaties for the Formation and Protection of Investment », (1981) 24 *BYIL* 244

MANN, H., *Private rights, public problems, A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*, International Institute for Sustainable Development and World Wildlife Fund, Winnipeg, 2001, en ligne : <http://www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide.pdf> (site consulté le 24 mai 2012)

MANN, H., *The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, International Institute for Sustainable Development, 2005, en ligne : <http://www.iisd.org/pdf/2005/commentary_methanex.pdf> (site consulté le 11 novembre 2012)

MARSHALL, M.G. et B.R. COLE, « Global Report 2011: Conflict, Governance, and State Fragility », Center for Systemic Peace, en ligne : <<http://www.systemicpeace.org/GlobalReport2011.pdf>> (site consulté le 5 mars 2012)

MARSHALL, M.G., K. JAGGERS et T. R. GURR, « Polity IV project, Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2012, Dataset Users' Manual », Center for Systemic Peace and Societal-Systems Research Inc., en ligne : <<http://www.systemicpeace.org/inscr/p4manualv2012.pdf>>, (site consulté le 2 mars 2012)

MAY, E., *Que s'est-il passé aux termes du chapitre 11 de l'ALÉNA?*, 17 mai 2013, en ligne : <<http://elizabethmaymp.ca/fr/investor-state-treaties/what-happened-under-chapter-11-nafta>> (site consulté le 20 juin 2015)

MEYER, P., E.J. FELDMAN et J.A. TERRY, « North American Dispute Resolution, Proceedings of the Canada/United-States Law Institute Conference on an Exemple of Cooperation and Common Cause : enhancing Canada and United States Prosperity through the Great Lakes and North American Trade », (2010) 34 *Can. – U.S. L.J.* 399

MULAMBA MBUYI, B., *Introduction à l'étude des sources modernes du droit international public*, Presse de l'Université Laval, 1999

MUNCK, G.L. et J. VERKUILEN, *Conceptualizing And Measuring Democracy Evaluating Alternative Indices*, University of Illinois at Urbana-Champaign, 2002, en ligne : <http://www-bcf.usc.edu/~munck/pdf/Munck_Verkuilen%20CPS%202002.pdf>, (site consulté le 2 septembre 2012)

OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Documents de travail sur l'investissement international, Direction des affaires financières et des entreprises, 2004, en ligne : <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/34327194.pdf>> (site consulté le 30 mai 2012)

OLBRICH, S., « The Impact of the Euro-Mediterranean Partnership on Human et Democratic Development in Tunisia – Perceptions according to Indices on Human and Democratic Development », Bachelor Thesis, Enschede, Pays-Bas, Universiteit Twente de Ondernemende universiteit, 31 janvier 2012, en ligne : <http://essay.utwente.nl/61521/1/BSc_S_Olbrich.pdf> (site consulté le 14 septembre 2012)

OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 1, Introduction au système de règlement des différends de l'OMC*, en ligne : <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c1s3p2_f.htm> (site consulté le 14 novembre 2012)

PARTI VERT DU CANADA, *Tapis rouge pour la Chine*, 2012, en ligne : <<http://www.greenparty.ca/fr/media-release/2012-09-27/tapis-rouge-pour-la-chine>> (site consulté le 20 octobre 2012)

PARTI VERT DU CANADA, *May réclame un débat d'urgence sur l'accord d'investissement Canada-Chine*, 2012, en ligne : <<http://www.greenparty.ca/fr/media-release/2012-10-01/may-r-clame-un-d-bat-d-urgence-sur-l-accord-d-investissement-canada-chine>> (site consulté le 30 octobre 2012)

PETERSON, L.E., *Investment Treaty Tribunal Looks Under the Umbrella*, Investment Law and Policy Weekly News Bulletin, Published by the International Institute for Sustainable Development, en ligne : <http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_investsd_feb16_2004.pdf> (site consulté le 15 octobre 2012)

PRICE, D.M., « Chapter 11 – Private Party vs. Government, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve? » (2000) 26 *Can. – U.S. L.J.* 107

PRICE, D.M., « Investment, Sovereignty, and Justice: Arbitration Under NAFTA Chapter 11: Some Observations on Chapter Eleven of NAFTA », (2000) 23 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 421

SALACUSE, J.W., « The Emerging Global Regime for Investment », (2010) 51 no 2 *Harvard International Law Journal* 427

SALACUSE, J.W., *The Treatification of International Investment Law*, (2007), 13 *L. & BUS. REV. AM.* 155

SCHNEIDERMAN, D., « NAFTA'S Taking Rule: American Constitutionalism comes to Canada », (1996) 46 *U. Toronto L.J.* 499

SCHREUER, C., « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », (2005) 6 *The Journal of World Investment & Trade* 357

SCHROEDER, U.C., « Measuring Security Sector Governance – A Guide to Relevant Indicators », Occasional Paper No 20, Recherche présentée par le Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), en ligne : <www.dcaf.ch/content/download/.../OP_20_SCHROEDER_FORM.pdf> (site consulté le 12 septembre 2012)

SHARMA, R., « NAFTA Chapter 11 Rulings Get The Respect They Deserve (Finally) », (2004) 1 *The Corporate Lawyer & Advisor* 28

SHIELDS, A., *Le lobby des pipelines plus actif que jamais : Pas moins de 75 lobbyistes plaident pour les projets d'Enbridge et de TransCanada*, *Le Devoir*, 19 juin 2015, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/environnement/actualites-sur-l-environnement/443191/le-lobby-des-pipelines-s-active>> (page consultée le 12 avril 2016)

ŠTEFÁNKOVÁ, I., *Regulatory Expropriation in International Law*, Univerzita Karlova v Praze Právnická fakulta, 2011

TEORELL, J. et A. HADENIUS, « Democracy without Democratic Values : A Rejoinder to Welzel and Inglehart », en ligne : <<http://resources.metapress.com/pdf-preview.axd?code=aprbnaca7bpjqdbj&size=largest>> (site consulté le 14 septembre 2012)

TESSLER, M., « Islam and Democracy in the Middle East, The Impact of Religious Orientations on Attitudes toward Democracy in Four Arab Countries », (2002) 34 *Comparative Politics* 337

The Huffington Post, *Freedom House 2012 Index Of Freedom In The World*, 2012, en ligne: <http://www.huffingtonpost.com/2012/01/23/freedom-house-2012-index_n_1214573.html> (page consulté le 10 avril 2013)

TRUDEAU, H., « Kyoto, les OGM, le principe de précaution et l'ALÉNA : la norme environnementale dans un contexte de globalisation », dans Service de la formation

permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement 2003*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, à la page 139

VAN DUZER, J.A., « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and *Amicus Curiae* Participation », (2007) 52 no 4 *McGill L.J.* 681

VANDEVELDE, K.J., « A Brief History of International Investment Agreements », (2005) 12:157 *University of California, Davis*, 157, en ligne : <<http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/Volume%2012.1/van5.pdf>> (site consulté le 18 octobre 2012)

WEILER, T., « A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, inc. v. Canada: It is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection* », (2001) 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 184

WEILER, T., « Arbitral & Judicial Decision: The Ethyl Arbitration: First of Its Kind and a Harbinger of Things to Come », (2000) 11 *AM. REV. INT'L ARB.* 187

WEILER, T., « NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming Along Nicely », (2002) 9 *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 245

C. Publications gouvernementales

Gouvernement du Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international Canada, *ALENA - Chapitre 11 – Investissement, Les municipalités et le chapitre 11 de l'ALENA, Questions et réponses*, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/Mun-FAQs.aspx?lang=fra> (site consulté le 6 juin 2015)

Gouvernement du Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international Canada, dans la sous-section « négociation et accords commerciaux », *Mythes et réalité concernant les accords de libre-échange du Canada*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/myths-mythes.aspx?lang=fra&view=d>> (site consulté le 8 octobre 2012).

Gouvernement du Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international Canada, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, Commission du libre-échange de l'ALENA, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>> (site consulté le 14 novembre 2012)

Gouvernement du Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international Canada, *ALÉNA - Chapitre 11 – Investissement, Poursuites contre le gouvernement du Canada, AbitibiBowater inc. c. le Gouvernement du Canada*, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/AbitibiBowater.aspx?lang=eng> (site consulté le 11 avril 2016)

Gouvernement du Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international Canada, *ALÉNA – Chapitre 11 - Investissement, Poursuites contre le Gouvernement du Canada, Ethyl Corporation c. le Gouvernement du Canada*, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/ethyl.aspx?lang=fra> (site consultée le 13 juin 2015)

Gouvernement du Canada, *Ministère des affaires étrangères et du commerce international Canada, Négociations de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) Canada-Chine*, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-chine.aspx?lang=fra&view=d#cn-cont> (site consulté le 18 octobre 2012)

Gouvernement du Canada, Ministère des affaires extérieures, *Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre de l'ALÉNA*, Gazette du Canada Partie 1, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Janvier 1994

D. Sites Internet

Affaires mondiales Canada, en ligne: www.dfait-maeci.gc.ca (site consulté le 6 juin 2015)

Aléna aujourd'hui.org, *Au sujet de l'ALÉNA*, en ligne: http://www.alenaaujourd'hui.org/agreement/default_fr.asp (site consulté le 10 avril 2012)

American Sociological Association's Section on Global and Transnational Sociology, en ligne : <http://www2.asanet.org/sectionglobal/resources.html> (site consulté le 15 septembre 2012)

Cela.ca, en ligne: <http://www.cela.ca/sites/cela.ca/files/L-Harper-NAFTA.pdf> (site consulté le 6 juin 2015)

Center for Systemic Peace, en ligne : <http://www.systemicpeace.org> (site consulté le 5 mars 2012)

Comprehensive Study of Civil War (CSCW), en ligne : <<http://www.prio.no/CSCW/Datasets/Governance/Vanhanens-index-of-democracy/>> (site consulté le 3 septembre 2012)

Democracy web, *Comparative Studies in Freedom*, en ligne: <www.democracyweb.org/about/democracyweb.php> (page consulté le 9 mars 2012)

Department of Foreign Affairs and Trade du gouvernement australien, en ligne : <www.dfat.gov.au/fta/ausfta/index.html> (site consulté le 18 octobre 2012)

Economist Intelligent Unit, en ligne : <<http://www.eiu.com/>> (site consulté le 10 mars 2012)

Élizabeth May, en ligne: <<http://elizabethmaymp.ca/canada-china-investment-agreement>> (site consulté le 18 octobre 2012)

Freedom House, en ligne : <<http://www.freedomhouse.org/about-us>> (site consulté le 7 mars 2012)

Gouvernement du Canada, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/index.aspx?lang=fra>> (site consulté le 05 mai 2015)

Polity IV Project, en ligne : <<http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm>> (site consulté le 5 mars 2012)

Refworld, *The Leader in Refugee Decision Support*, en ligne: <<http://www.refworld.org/publisher/FREEHOU.html>> (page consulté le 9 mars 2012)

The Economist, en ligne : <<http://www.economistgroupmedia.com/>> (site consulté le 4 mars 2012)

E. Jurisprudence

i. Décisions des tribunaux canadiens

114950 Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Ville de Hudson, (2001) 2 R.C.S. 241

Attorney General of Canada v. S.D. Myers, Inc., [2004] FC 38 (F.C. T.D.)

Council of Canadians v. Canada (Attorney General), [2006] 217 OAC 316, permission d'en appeler refusée, [2007] CarswellOnt 4945 et 4946

R. v. Council of Canadians, [2005] CarswellOnt 2973

Re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S 217

The United Mexican States c. Metalclad Corporation, 2001 BCSC 664

The United Mexican States v. Marvin Roy Feldman Karpa, [2003] O. J. No. 5070 (Ont. Sup. Ct. J.)

The United Mexican States v. Metalclad Corp., [2001] BCSC 664

ii. Décisions des tribunaux américains

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)

iii. Sentences arbitrales internationales

AbitibiBowater Inc. c. Canada, Consent Award, Arbitral tribunal, 15 décembre 2010

ADF Group Inc. c. The United States of America, Award, Arbitral tribunal, 9 janvier 2003

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. The United Mexican States, Award, Arbitral tribunal, 21 novembre 2007

Canada – Tariffs Applied by Canada to Certain U.S.- Origin Agricultural Products, CDA-95-2008-01, Dec. 2, 1996

Corn Product International, Inc. c. The United Mexican States, Award, Arbitral tribunal, 15 janvier 2008

Ethyl Corporation c. Canada, Preliminary Tribunal Award on jurisdiction, 24 juin 1998

Fireman's Fund Insurance Company c. The United Mexican States, Award, Arbitral tribunal, 17 juillet 2006

Gami c. The United Mexican States, Final Award, Arbitral Tribunal, 15 novembre 2004

Glamis Gold Ltd. c. The United States of America, Award, Arbitral tribunal, 8 juin 2009

L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. The United Mexican States, [1926] 4 R.I.A.A. 60

Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. The United Mexican States, Award, Arbitral tribunal, 16 décembre 2002

Metalclad Corp. c. The United Mexican States, Final Award, arbitral tribunal, 30 août 2000

Methanex Corporation c. The United States of America, Final award on Jurisdiction and Merits, arbitral tribunal, 9 août 2005

Mondev International Ltd. c. The United States of America, Final Award, arbitral tribunal, 11 octobre 2002

Pope & Talbot c. Canada, Award on the Merits of Phase 2, arbitral tribunal, 10 avril 2001

Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. The United Mexican States, Final Award, arbitral tribunal, 1er novembre 1999

S.D. Myers Inc. c. Canada, First Partial Award, arbitral tribunal, 13 novembre 2000

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. The United States of America, Award, Arbitral tribunal, 26 juin 2003

United Parcel Service of America c. Canada, Merits award, arbitral tribunal, 11 juin 2007

F. Procédures

Clayton Family et Bilcon of Delaware Inc. c. Canada, Notice of arbitration, 26 mai 2008

Dow AgroSciences LLC c. Canada, Notice of arbitration, 31 mars 2009

Dow AgroSciences LLC c. Canada, Notice of intent to submit a claim to arbitration, 25 août 2008

Dow AgroSciences LLC c. Canada, Settlement Agreement, 25 mai 2011

Mesa Power Group LLC c. Canada, Notice of Intent, 6 juillet 2011

Methanex Post Hearing Reply Submission on FTC 1105 Statement, 9 novembre 2001

Methanex's First Submission re: NAFTA FTC Statement on Article 1105, 18 septembre 2001