

LE CAS DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA : SON IMPACT SUR LA CAPACITE DE L'ÉTAT D'AGIR POUR LE BIEN PUBLIC ET DE GERER LE RISQUE

Geneviève DUFOUR¹

Lex Electronica, vol. 17.1 (Été/Summer 2012)

Sommaire

INTRODUCTION	1
I. LE CHAPITRE 11 DE L'ALENA : UNE QUESTION D'ACTUALITE POLITIQUE, SOCIALE ET JURIDIQUE	2
II. LA NOUVEAUTE DU CHAPITRE 11 ET LES RAISONS DE SON INCLUSION DANS L'ALENA	5
III. LA CONTROVERSE ET SES IMPLICATIONS	7
IV. ANALYSE DES POURSUITES INTENTEES	13
A. LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA A-T-IL L'EFFET DESIRE ?	14
B. LES EFFETS SECONDAIRES IMPREVUS DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA	18
CONCLUSION	29

Introduction

L'Accord de Libre-Échange Nord-Américain², mieux connu sous le nom d'«ALÉNA,» est un accord qui a été conclu entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, et y a établi une zone de libre-échange³. Son objectif était d'éliminer les obstacles au commerce, de faciliter les mouvements transfrontaliers de marchandises et de services entre les trois États et d'y accroître les investissements⁴. L'ALÉNA compte plus d'un millier de pages et traite de divers sujets en vue d'atteindre cet objectif⁵. Le chapitre 11 de l'ALÉNA ne constitue qu'une petite

¹ Geneviève Dufour est professeure en droit des affaires à l'Université de Montréal (à ne pas confondre avec son homonyme Geneviève Dufour, professeur en droit économique international à l'Université de Sherbrooke!). L'auteur a pratiqué le droit des affaires pendant huit ans comme avocate puis associée au sein d'un cabinet d'avocats international, Davies Ward Phillips & Vineberg s.r.l., avant de devenir conseillère juridique senior pour le Canada de Québecor World, puis d'entreprendre une carrière professorale. Elle remercie Caroline Dufour pour sa contribution à la recherche sur laquelle est basé cet article.

² *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 ».

³ ALÉNA, précité, note 2, art.101 « Établissement de la zone de libre-échange ».

⁴ ALÉNA, précité, note 2, art.102 « Objectifs ».

⁵ ALÉNA, précité, note 2, table des matières; pour une présentation générale de l'accord, voir Barry APPLETON, *Navigating NAFTA: a concise user's guide to the North American Free Trade Agreement*, Scarborough, Ontario, Carswell Thomson Professional Publishing, 1994. Pour une présentation de la situation économique canadienne dans le cadre du libre-échange, voir James R. HOLBEIN et Donald J. MUSCH, *North American Free Trade Agreements, Commentary, vol.1, « Doing Business In Canada: A Country Commercial*

partie de cet accord, laquelle compte une vingtaine de pages et traite exclusivement des investissements étrangers et des mécanismes de résolution de conflits applicables à ces derniers⁶. L'ALÉNA, incluant son chapitre 11, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994⁷. Bien qu'il soit possible à une partie à l'accord (par exemple, le Canada) de mettre fin à l'ALÉNA dans son ensemble sur préavis de 6 mois, elle ne peut pas unilatéralement se soustraire à une partie de l'accord comme le chapitre 11⁸. Elle doit négocier le retrait, la modification ou une exemption des dispositions qui l'incommodent avec les autres parties à l'accord (les États-Unis et le Mexique)⁹. Mais pourquoi s'intéresser au chapitre 11 de l'ALÉNA et se demander s'il est possible de s'y soustraire ou de le modifier?

I. Le chapitre 11 de l'ALÉNA : une question d'actualité politique, sociale et juridique

Tout d'abord, en moins de dix-huit ans, ce chapitre est devenu une question d'actualité non seulement juridique mais également sociale et politique¹⁰. Au Canada, tous les partis

Guide for US Companies », New York, Oceana Publications Inc, 2001 (service à feuilles mobile, à jour au 1^{er} janvier 2006).

⁶ Le chapitre 11 de l'ALÉNA est disponible en ligne sur le site du Secrétariat de l'ALÉNA, au www.nafta-sec-alena.org, (dernier accès le 5 décembre 2011) sous la rubrique 'Textes légaux'; voir aussi B. APPLETON, préc., note 5, p.79 et suiv.; Denis LEMIEUX et Ana STUHEC, *Review of administrative actions under NAFTA*, Toronto, Thomson Professional Publishing, 1999, p.83 et suiv., Philip Le B. DOUGLAS et Takemi UEONO, « A practitioner's guide to chapter 11 of NAFTA », dans Service de la Formation Permanente du Barreau, *L'ALÉNA et l'avocat d'affaire*, Cowansville, Les Éditions Yvon-Blais Inc., 1998, p.143 et suiv.; Todd WEILER (Dir.), *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc, 2004. Il existe des exceptions au chap. 11 dont plusieurs sont stipulées dans les annexes de l'ALÉNA; B. APPLETON, préc., note 5, p.81; Christopher WILKIE, « The Origins of NAFTA Investment Provisions : Economic and Policy Considerations », dans Laura RITCHIE-DAWSON (Dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Ottawa, Centre de droit et de politique internationale de l'Université de Carleton, 2002, p.30 et suiv.

⁷ ALÉNA, précité, note 2, art.2203; B. APPLETON, préc., note 5, p.1; D. LEMIEUX et A. STUHEC, préc., note 6, 1; Tim KENNISH, "NAFTA and Investment – a Canadian Perspective", dans Seymour J. RUBIN et Dean C. ALEXANDER (Dir.), *Nafta and Investment*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, p.15.

⁸ ALÉNA, précité, note 2, art.2205; B. APPLETON, préc., note 5, p.169-170.

⁹ ALÉNA, précité, note 2, art.2202; B. APPLETON, préc., note 5, p.169-170.

¹⁰ Voir entre autres 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, un recueil de textes produit dans le cadre d'un symposium canadien. Son introduction, rédigée par Donald M. MCRAE, indique p.1-2 que les dispositions du chapitre 11 « **are mired in controversy. They are seen to provide too much protection for investors in respect of governmental activity, thus impinging on sovereignty. (...) All of these, and other issues, have combined to bring the NAFTA chapter 11 process to the forefront of public debate.** » (Emphase ajoutée.) Plusieurs des textes qu'on retrouve dans ce recueil font allusion à ce problème, voir Anthony VAN DUZER, "NAFTA Chapter 11 to Date: The Progress of a Work in Progress", p.47 à la p.49 ; Michael M. HART et William A. DYMOND, "NAFTA Chapter 11: Precedents, Principles and Prospects", p.129 et p.151-156 ; JC THOMAS, « Commentary : a practitioner's perspective », p.98 à la p.128. Voir aussi dans 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 suiv., qui font allusion à la controverse. Voir aussi 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 ; Karim BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, qui traite notamment de l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la souveraineté de l'État et souligne entre autres p. 357-358 les « conséquences considérables sur la capacité de l'État moderne de dire le droit » du chapitre 11 de l'ALÉNA et des autres traités contenant des dispositions similaires ; et David SCHNEIDERMAN,

politiques fédéraux ont été appelés à se prononcer sur ce chapitre et la controverse qui l'entoure au cours de la campagne électorale fédérale ayant eu lieu en 2005-2006 et ils ont tous conclu que ce chapitre ne pouvait pas demeurer inchangé: trois partis ont indiqué que ce chapitre devrait carrément être retiré de l'ALÉNA (soit le NPD, le Bloc Québécois et le Parti Vert); le parti vainqueur (soit les Conservateurs) a indiqué qu'il devrait être renégocié, alors que le dernier parti (les Libéraux) a reconnu qu'il faudrait à tout le moins le clarifier et le rendre plus transparent¹¹.

Lors de la campagne électorale de 2008, l'opposition au chapitre 11 de l'ALÉNA demeurait très manifeste au NPD¹², au Bloc québécois¹³ et au Parti Vert¹⁴. Par contre, elle s'était beaucoup atténuée au Parti libéral et au Parti conservateur. En effet, le Parti libéral s'est contenté d'affirmer dans sa plate-forme électorale qu'il était en faveur du libre-échange dans le monde, tout en demeurant muet sur la question du chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁵ et le Parti conservateur a essentiellement fait de même. La controverse demeurait toutefois bien vivante et s'est fait sentir jusqu'au Parlement : en janvier 2010, le Bloc québécois y a même déposé une motion afin de faire modifier le chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁶.

Lors de la campagne électorale de 2011, le Parti Vert¹⁷ et Bloc québécois¹⁸ ont maintenu leur opposition au chapitre 11 de l'ALÉNA, alors que le NPD¹⁹, le Parti libéral²⁰ et le Parti

Constitutionalizing Economic Globalization : Investment rules and Democracy's promise, UK, Cambridge studies in law and society, Cambridge University Press, 2008.

¹¹ Les positions des partis gouvernementaux ont été rassemblées sur le site web du Sierra Club Canada au www.sierraclub.ca (dernier accès le 5 décembre 2011), sous la rubrique "Sierra Club of Canada 2006 election survey". Voir aussi dans A. VAN DUZER, préc., note 10, p.26 et p.49; C. WILKIE, préc., note 6, p.25, ainsi que Alan X. ALEXANDROFF, "Concerning the 'But-Approach' in Investment Protection", dans Todd WEILER (Dir.), *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc, 2004, p.463 aux p.470 et suiv.

¹² Voir le site web du NPD <http://www.ndp.ca/platform/otherpriorities/internationaltrade>: "Renegotiate NAFTA's Chapter 11, which unreasonably limits Canada's sovereignty in regulating foreign investment in the public interest."(dernier accès le 5 décembre 2011).

¹³ Voir le site web du Bloc Québécois, situé au http://www.blocquebecois.org/documents/elections2008/7Plateforme08_Ch6.pdf : « Plateforme électorale 2008 : Présents ! », chap.VI, p.225-226 : « Ce chapitre a été décrié par tous. Dès qu'une loi, par exemple sur la protection de l'environnement, diminue les profits d'un investisseur étranger, le gouvernement s'expose à des poursuites faramineuses. » (dernier accès le 5 décembre 2011).

¹⁴ « NAFTA should protect people, not profits », 24 octobre 2008, sur le site web du Parti Vert situé au <http://greenparty.ca/releases/24.10.2008>.

¹⁵ Liberal Party of Canada, *Richer, Fairer, Greener: An Action Plan for the 21st century*, p. 60-61.

¹⁶ Motion M-391; communiqué du Bloc québécois en date du jeudi 21 janvier 2010, disponible sur le site web <http://www.blocquebecois.org>.

¹⁷ Parti Vert du Canada, *Vision Green*, p. 117 (disponible en ligne à http://greenparty.ca/files/attachments/vision_green protection agreements have served Canada well.» et « NAFTA does not constrain our ability to regulate in the public interest, for instance to protect the environment. Foreign investors in Canada are subject to the same laws and regulations as Canadian investors, including those aimed at ensuring the highest environmental, labour, health and safety standards.»

¹⁷ Voir la position du gouvernement québécois en 2002 tel qu'exprimée par la ministre d'État aux relations internationales, Louise Beaudoin, dans un article paru dans le *Devoir* : Robert DUTRISAC, « Le Québec 2011 en 1.pdf » Le Parti Vert est en faveur du retrait du chapitre 11 de l'ALÉNA. Ce document était incorporé par référence dans sa plateforme électorale, voir <http://greenparty.ca/fr/plateforme2011>, dernier accès le 5 décembre 2011.

¹⁸ Bloc québécois, *Plateforme électorale 2011 : Parlons Qc*, p. 190: « on a assisté à une dérive avec la conclusion du chapitre 11 de l'ALÉNA, lequel permet aux multinationales de provoquer elles-mêmes des conflits commerciaux et de poursuivre les gouvernements qui adoptent des mesures, notamment environnementales, qui auraient pour effet de réduire leurs profits. »

conservateur n'en ont pas traité spécifiquement dans leurs plates-formes respectives²¹. Le gouvernement conservateur indique désormais qu'il ne cherche ni à modifier le chapitre 11 de l'ALÉNA, ni à s'en défaire, même si il «reconnait que des questions préoccupantes concernant l'interprétation de certaines dispositions ont été soulevées dans les poursuites intentées»²².

De son côté, le gouvernement québécois a lui aussi exprimé son inconfort avec le chapitre 11 de l'ALÉNA dans le passé, indiquant dans l'énoncé de ses objectifs de négociation officiels sur l'ALÉNA que ce chapitre devait être modifié parce qu'il a un impact sur la capacité des provinces d'agir à l'intérieur de leurs champs de compétence²³. Les municipalités ont également exprimé des préoccupations, au point où le gouvernement fédéral y a réagi sur son site web²⁴.

Le chapitre 11 de l'ALÉNA a également été critiqué dans les médias²⁵; le titre d'un article paru dans le journal « Le Devoir » résume en quelques mots percutants ce qu'on lui reproche : « Chapitre 11 de l'ALÉNA – D'États souverains à entreprises souveraines »²⁶. Il est

23.7.1 Le Bloc québécois s'oppose à la conclusion d'accords sur les investissements basés sur le modèle du chapitre 11 de l'ALÉNA.» (disponible en ligne à www.parlonsqc.org) (dernier accès le 5 décembre 2011).

¹⁹ NPD, Plateforme électorale 2011 : Donnez un répit à votre famille, 2011 (disponible en ligne au <http://xfer.ndp.ca/2011/2011-Platform/NPD-2011-Plateforme-Fr.pdf>) (dernier accès le 5 décembre 2011).

²⁰ Parti libéral du Canada, *Plateforme électorale 2011: Votre famille, votre avenir, votre Canada*, 2011 (disponible en ligne au http://cdn.liberal.ca/files/2011/04/plateforme_liberales.pdf) (dernier accès le 5 décembre 2011).

²¹ Parti conservateur du Canada, Plateforme électorale 2011: Ici pour le Canada, 2011, p. 12 (disponible en ligne au http://www.conservative.ca/media/Plateforme_conservatrice_2011_FRs.pdf) (dernier accès le 5 décembre 2011).

²² Ministère des affaires étrangères, Aléna-chapitre 11- investissements, Les municipalités et le chapitre 11 de l'ALÉNA, site web : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/Mun-FAQs.aspx?lang=fra> (dernier accès le 5 décembre 2011). Par contraste, dans une lettre du ministre du commerce international qui m'a été adressée en mars 2010 suite à un courriel adressé au bureau du premier ministre, le Ministre du Commerce International affirmait : « I can assure you that Chapter 11 of NAFTA and similar protection agreements have served Canada well. » et « NAFTA does not constrain our ability to regulate in the public interest, for instance to protect the environment. Foreign investors in Canada are subject to the same laws and regulations as Canadian investors, including those aimed at ensuring the highest environmental, labour, health and safety standards. ».

²³ Voir la position du gouvernement québécois en 2002 tel qu'exprimée par la ministre d'État aux relations internationales, Louise Beaudoin, dans un article paru dans le Devoir : Robert DUTRISAC, « Le Québec refusera tout nouveau traité international qui reprendra le chapitre 11 de l'ALÉNA », *Le Devoir*, Actualités économiques, 11 juin 2002, disponible en ligne au <http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/2890/le-quebec-refusera-tout-nouveau-traite-international-qui-reprendra-le-chapitre-11-de-l-alena> (dernier accès le 5 décembre 2011).

²⁴ Voir la note 22. Certaines municipalités ont aussi, plus récemment, adopté des résolutions à l'encontre de l'Accord économique global projeté entre le Canada et l'Union économique européenne, dont on anticipe qu'il va contenir des dispositions semblables à celles du chapitre 11 de l'ALÉNA.

²⁵ M. HART et W. DYMOND, préc., note 10, p.154 et A. VAN DUZER, préc., note 10, p.49.

²⁶ Denise PROULX, « Chapitre 11 de l'ALÉNA – D'États souverains à entreprises souveraines », *Le Devoir*, 20 juin 2002, disponible en ligne à www.ledevoir.com. Voir aussi l'article d'un juriste de Stikeman Elliott ayant agi comme arbitre désigné par le Canada dans le premier jugement rendu en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA contre le Canada, l'affaire Ethyl Corporation, en 1998; l'article a été publié quatre ans plus tard par Me Marc LALONDE, « Il faudrait réduire la portée du chapitre 11 de l'ALÉNA », *La Presse*, 1^{er} mai 2002, disponible en ligne à www.cyberpresse.ca. Des articles le critiquant ont également paru dans le *Globe & Mail*, le *New York Times* et le *Washington Post*. Voir aussi K. BENYEKHFLEF, préc., note 10, p. 362 : « Une tension se dessine entre l'affirmation souveraine de l'État et la volonté des entreprises multinationales de se soustraire aux juridictions nationales au profit de l'arbitrage international. [...] À terme, quelques grandes entreprises multinationales pourraient-elles ainsi dicter la politique économique, sociale et environnementale des États au

également contesté au sein de la population et est l'une des causes des grandes manifestations altermondialistes qui ont rassemblé des milliers de personnes entre autres à Seattle aux États-Unis et plus près de nous, au Sommet de Québec²⁷. Enfin, plusieurs auteurs ont énoncé diverses préoccupations à son sujet²⁸. Mais pourquoi suscite-t-il autant de controverse?

II. La nouveauté du chapitre 11 et les raisons de son inclusion dans l'ALÉNA

Le chapitre 11 est nouveau : il n'existait pas dans le prédécesseur de l'ALÉNA, soit l'ancien accord de libre-échange intervenu entre le Canada et les États-Unis²⁹. Il n'est donc pas essentiel au libre-échange et sa remise en question n'équivaut pas nécessairement à une remise en question du principe du libre-échange³⁰.

nom de la maximisation de leurs profits et du respect des règles du droit international de l'investissement ? Comment les États peuvent-ils contrebalancer cette capacité, et surtout, est-il encore temps de le faire ? ».

²⁷ Gouvernement du Québec, Ministère du développement économique et régional, Direction de la politique commerciale, Richard St-CYR, préc., note 23, p.1. Aux États-Unis, l'organisme à but non-lucratif ayant coordonné la manifestation altermondialiste à Seattle, Public Citizens and Friends of the Earth, a produit un texte intitulé *NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy, Lessons for Fast-Track and the Free Trade Area of America*, Septembre 2001, qui a été commenté dans Larry LEE, «Book review - Reading the Seattle Manifesto : In Search of a Theory», (2003) 78 *NYUL Rev.* 2305. Ce texte était à l'origine disponible sur le site web de l'organisme au disponible en ligne à www.citizen.org mais a été remplacé par des analyses plus récentes au même effet, notamment «Chart of all NAFTA Chapter 11 Cases» (à jour en date de janvier 2009) et «NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases: Lessons for the Central American Free Trade Agreement», 2005. Voir aussi Mary BOTTARI, *NAFTA's Investor 'Rights': A Corporate Dream, a Citizen Nightmare*, 1^{er} avril 2001, disponible en ligne à www.corpwatch.org.

²⁸ Voir J. ATIK, préc., note 10, p.135 et suiv. ; Tracey EPPS et Colleen M. FLOOD, «Have we traded away the Opportunity for Innovative Health Care Reform? The implications of NAFTA for Medicare», (2002) *McGill LJ* 747; Howard EPSTEIN, «NAFTA, other international agreements and local government jurisdiction: Comments on United Mexican States vs Metalclad Corp.» (2003) 34 *MPLR* (3d) 44, iv 'Local Democracy'; 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 aux p.804 et suiv., entre autres p.813-814 sur l'impact potentiel d'un jugement rendu en vertu du chap. 11 sur la capacité du Canada de prendre des mesures environnementales; Mark A. LUTZ et C. Marc MILLER, «Globalization and canadian federalism : implications of the NAFTA's Investment Rules», (2002) 47 *McGill LJ* 951 p.975 : « **Put in another context, Chapter 11 is not only about investment, it implicates employment, the environment, social welfare and democracy.** » (emphase ajoutée); Donald S. MACDONALD, « Chapter 11 of NAFTA : What are the implications for sovereignty? », (1998) 24 *CUSLJ* 281; David SCHNEIDERMAN, « NAFTA'S Taking Rule : American Constitutionalism comes to Canada », (1996) 46 *U.Toronto L.J.* 499, entre autres p.499 : « **NAFTA thus acts as a check on democratic deliberation** » (emphase ajoutée).

²⁹ B. APPLETON, préc., note 5, p.4-5 et p.79; J. ATIK, préc., note 10, p.139; Dennis BROWNE, «Origins Commentary», 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.39 à la p.41; D. LEMIEUX et A. STUHEC, préc., note 6, p.83; P. Le B. DOUGLAS et T. UEONO, préc., note 6, p.143-144; 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: «Chapter 11 of NAFTA carries much significance because it represents the first inclusion in a trade agreement of provisions allowing foreign investors to challenge a host government's regulations by taking the matter to binding arbitration.»; C. WILKIE, préc., note 6, p.15 et p.28.

³⁰ Les trois États qui sont parties à l'ALÉNA pourraient convenir unanimement de retirer ce chapitre de l'accord ou de le modifier tout en laissant en place le reste de l'accord et la zone de libre-échange.

Son inclusion dans l'ALÉNA s'explique entre autres par le fait que cet accord est né de l'intention des États-Unis de conclure un accord bilatéral avec le Mexique ; le Canada a alors exprimé sa préférence pour un accord trilatéral³¹. Le Canada voulait éviter que les États-Unis ne concluent une série d'accords bilatéraux avec différents pays car ceci aurait avantage les Américains qui auraient bénéficié de l'effet cumulatif de tous ces accords au contraire des autres pays; un accord multilatéral paraissait préférable au Canada et il a donc choisi d'être partie à l'ALÉNA plutôt que de se contenter de l'accord canado-américain³². Le Canada tenait cependant à préserver les acquis de l'accord canado-américain dans l'ALÉNA³³. De leur côté, les États-Unis ont demandé l'inclusion du chapitre 11 dans l'ALÉNA, apparemment parce qu'ils considéraient que le système juridique du Mexique, pays en voie de développement, n'était pas aussi mature, prévisible et transparent que celui de pays développés, de sorte que les intérêts de leurs multinationales n'y étaient pas suffisamment protégés³⁴. L'objectif du chapitre 11 était donc de protéger les droits *économiques* des investisseurs *étrangers* en assurant un climat juridique stable, de manière à stimuler les investissements³⁵.

Le Mexique, qui a subi une grave crise économique dans les années 80s, dont il ne s'est remis qu'avec l'aide des Américains, a consenti à l'inclusion du chapitre 11 dans l'ALÉNA afin de continuer à profiter d'investissements en provenance des États-Unis³⁶. Deux ans avant l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, les investissements américains au Mexique atteignaient déjà 23.1 milliard de dollars américains, alors que les investissements canadiens y étaient d'à peine 580 millions de dollars américains³⁷. Les États-Unis étaient donc déterminés à protéger juridiquement les investissements américains³⁸. Le Canada a consenti à l'inclusion du chapitre

³¹ B. CURTIS EATON, Richard G.LIPSEY et Edward SAFARIAN, « Théorie de la localisation des multinationales dans une zone d'échanges régionale », dans Lorraine EDEN (Dir.), *Multinationales en Amérique du Nord*, Calgary, University of Calgary Press, 1994, p.61 aux p.65-68.

³² B. CURTIS EATON, R.G.LIPSEY et E. SAFARIAN, pré., note 31, p.65-66 et p.81-83; T. KENNISH, pré., note 7, p.3; L. PERRET, « Le rôle du Canada dans l'établissement d'un espace marchand des Amériques », dans Alain-François BISSON et al. (Dir.), *Ordres juridiques et espaces marchands : actes des colloques Ottawa/Nantes de 1994-1995*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, p. 303 aux p. 304-305 ; C. WILKIE, pré., note 6, p.20.

³³ B. CURTIS EATON, R.G.LIPSEY et E. SAFARIAN, pré., note 31, p.65-66.

³⁴ Maureen APPEL MOLOT, "Nafta Chapter 11: an evolving regime", dans Laura RITCHIE-DAWSON (Dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Ottawa, Centre de droit et de politique internationale de l'Université de Carleton, p.175 à la p.176; J. ATIK, préc., note 10, p.139 : « There seems little doubt that the Chapter 11 process was aimed at Mexico » et « US anxieties about an eventual turn-of-heart by Mexico lead the call for the creation of enforceable remedies to assure continued US investment. »; D. BROWNE, préc., note 29, p.41; T.KENNISH, préc., note 7, p.1 aux p.1-2; 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 à la p.98-99 et p.108 et JA MCKINNEY, préc., note 29, p.224.

³⁵ J.A. MCKINNEY, préc., note 29, p.224; A. VAN DUZER, préc., note 10, p.48; M.M. HART et W.A. DYMOND, préc., note 10, p.129.

³⁶ M. APPEL MOLOT, préc., note 34, p.178-179; J.A. MCKINNEY, préc., note 29, p.224.

³⁷ C. WILKIE, préc., note 6, p.19.

³⁸ En 2003, les investissements américains directs au Mexique étaient de plus de 61.5 milliards de dollars, voir James R. HOLBEIN et Donald J. MUSCH, *North American Free Trade Agreements, Commentary, vol.1*, New York, Oceana Publications Inc, 2001 (service à feuilles mobile, à jour au 1^{er} janvier 2006), « Doing Business In Mexico : A Country Commercial Guide for US Companies » p.77 et « Mexico Trade Summary » p.1. En 2009, ils étaient passés à 120 milliards de dollars, voir US Foreign Embassy, "US- Mexico at a glance", juin 2009, disponible en ligne au http://www.usembassy-mexico.gov/eng/eataglanche_trade_fdi.pdf (dernier accès le 6 décembre 2011). Il est aussi intéressant de constater que selon la US Foreign Embassy, préc., ci-dessus, huit États mexicains transfrontaliers reçoivent 58% de tout l'investissement dans le secteur manufacturier mexicain (ce sont les États qui abritent la majorité des maquiladoras).

11 dans l'ALÉNA non parce que cela l'avantageait, mais plutôt parce qu'il n'anticipait pas de problèmes³⁹.

Cependant, même si le Mexique était l'État visé, les dispositions du chapitre 11 sont applicables également au Canada et aux États-Unis. L'ALÉNA est le premier traité contenant de telles dispositions à être conclu entre deux pays développés⁴⁰. Comme ces dispositions sont habituellement utilisées relativement aux pays en voie de développement, il semblerait que les parties ne s'attendaient pas réellement à ce que ses dispositions soient invoquées contre le Canada et les États-Unis⁴¹.

III. La controverse et ses implications

C'était oublier l'ingéniosité dont savent faire preuve les avocats afin de servir leurs clients :

“Before NAFTA Chapter 11, investor-state dispute settlement simply did not exist on the radar screen of trade policy analysts, antitrade activists or most international lawyers. It was the province of a small clique of practitioners specializing in international commercial arbitration, working either for investors or governments of developing countries on disputes arising from relationships that had gone awry. Although it lay dormant for the first few years of its existence, NAFTA Chapter 11 became the catalyst which would change this status quo. A few ‘entrepreneurial’ lawyers (as we were called by politicians and government lawyers at the time) realized that the obligations contained within Chapter 11 were as applicable to the conduct of governments in economically developed countries as they were to those of the developing world.” (Emphase ajoutée)⁴²

³⁹ Il avait ses propres objectifs, voir les notes 20 et 21 et, contra, M. APPEL MOLOT, préc., note 34, p.178. Voir aussi Paul MEYER, Elliot J. FELDMAN, John A. TERRY, “North American Dispute Resolution”, Proceedings of the Canada/United-States Law Institute Conference on an Example 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, speech of John A. TERRY on p. 418 : “I do not think more than a handful people in Canada understood what Canada was agreeing to when it signed on to Chapter 11.”

⁴⁰ D. BROWNE, préc., note 29, p.39; A. VAN DUZER, préc., note 10, p.48; C.WILKIE, préc., note 6, p.15-17.

⁴¹ J. ATIK, préc., note 10, p.136 et p.139: “...there was a shared perception that Chapter 11 would only be invoked, if at all, with respect to Mexican state action. This understanding helps explain the surprise voiced within Canada and the United States at the active use of Chapter 11 with respect to their measures.”(emphase ajoutée); p.139-140 ; D. BROWNE, préc., note 29, p.41 : “one could almost certainly surmise that Canadian and US negotiators did not anticipate that their governments would fall victim to successful foreign investor arbitrations. They may well have anticipated that lawyers representing ‘other party’ investors would seek to make use of this provision, but they were probably confident that the laws, regulations and practices of their governments would not be found wanting. The goal was to bring Mexico to our standards of treatment.”(emphase ajoutée).

Sur le développement historique des traités bilatéraux sur les investissements, voir Asha KAUSHAL, “Revisiting history : how the past matters for the present backlash against the foreign investment régime”, (2009) *Harvard International Law Journal* 491, p. 491, 493-494 et p. 497 et suiv. Ce qui est nouveau, c'est que ces traités bilatéraux sur les investissements soient conclus entre des États développés dont les systèmes juridiques sont matures.

⁴² Todd WEILER, « The significance of NAFTA chapter 11 for the development of international economic law », dans Todd WEILER (Dir.), *Nafta Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2004, p.3.

Plusieurs poursuites ont donc été intentées contre le Canada et les États-Unis⁴³.

Par ailleurs, les États n'avaient pas non plus envisagé que le chapitre 11 serait interprété aussi libéralement qu'il l'a été: dans plusieurs cas, ils pensaient avoir octroyé des droits assez limités aux investisseurs étrangers, mais ces droits ont plutôt été interprétés d'une façon qui leur confère un contenu substantif important⁴⁴. Bref, le chapitre 11 de l'ALÉNA s'est transformé en un mécanisme bien différent de ce que les États escomptaient. À l'époque où l'ALÉNA a été négocié, il a suscité beaucoup de controverse mais le chapitre 11 est passé pratiquement inaperçu; c'est la manière dont il a été appliqué ensuite qui a donné naissance à la controverse actuelle⁴⁵.

Essentiellement, ce que ses détracteurs reprochent actuellement au chapitre 11 de l'ALÉNA, c'est de contourner la démocratie par les mécanismes qu'il établit⁴⁶. Comme le chapitre 11 a été inséré dans l'ALÉNA afin de remédier aux lacunes du système juridique local et de protéger les investisseurs étrangers, il crée pour eux un système juridique parallèle: il octroie des droits, il crée des recours et il établit même des tribunaux pour entendre les litiges qui en découlent⁴⁷. Ce système protège uniquement les droits *économiques* des *investisseurs* et seulement s'ils sont *étrangers*, puisqu'il a été créé pour eux et à cette fin⁴⁸.

Selon ses détracteurs, ce système opère au détriment de la population et des entreprises locales parce qu'il donne la priorité aux droits économiques des investisseurs étrangers sur tout le reste, y compris le droit de l'État d'agir démocratiquement dans l'intérêt public⁴⁹. En

⁴³ Voir la discussion sur les poursuites intentées infra. Il est aussi important de souligner que le chapitre 11 de l'ALÉNA et les traités bilatéraux sur les investissements ont aussi une caractéristique exceptionnelle, celle d'octroyer le droit aux investisseurs de poursuivre directement les États sur la scène internationale, alors que traditionnellement, les parties privées n'ont pas cette possibilité et doivent plutôt demander à leur propre État de prendre fait et cause pour elles, voir A. KAUSHAL, préc., note 70, p. 499 : « **There are several distinct features of the investment treaty arbitration regime. It remains one of the exceptional examples of treaty-based protection for individuals under international law, which has the remarkable effect of providing foreign investors with capacity to bring claims directly against host states without relying on their home state.** [...] Perhaps most significantly, BITs are remarkable for the lack of reciprocity required on the part of the home state and the foreign investor. BITs do not create responsibilities or duties for foreign investors or home states, apart from general preambular statement encouraging foreign investments flows. Nor do BITs provide host states with capacity to bring a claim against foreign investors» (emphase ajoutée). Cette possibilité pour les entreprises de poursuivre directement les États sur la scène internationale a pour effet de mettre des acteurs privés sur le même pied que les États, ce qui est nouveau et révélateur du pouvoir croissant des multinationales.

⁴⁴ J. ATIK, préc., note 10, p.136 et 147; J.A. MCKINNEY, préc., note 29, p.230: "from the cases filed so far it seems that litigators are taking advantage of Chapter 11 provisions to gain advantages that were not intended when the agreement was negotiated." et voir aussi p.231.

⁴⁵ J. ATIK, préc., note 10, p.136 ; D. MCCRAE, préc., note 10, p.1.

⁴⁶ J. ATIK, préc., note 10, p.137-139. Voir également le Communiqué du Bloc québécois, précité, note 16, et la motion M-391, qui vise à modifier le chapitre 11 de l'ALÉNA afin que ses clauses « n'affectent pas la capacité d'agir des institutions parlementaires et gouvernementales ».

⁴⁷ Le chap.11 est divisé en trois sections : la section A, « Investissement », liste les droits accordés aux investisseurs contre les États et comprend les articles 1101 à 1114 ; la section B, « Règlement des différends entre une Partie et un investisseur », crée un mécanisme permettant un recours direct des investisseurs contre les États via des tribunaux d'arbitrage établis ad hoc et comprend les articles 1115 à 1138 ; la section C, « Définitions », présente les définitions pertinentes et inclut seulement l'article 1139. Voir note 6.

⁴⁸ J.E. ALVAREZ, « Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven », (1997) 28 *U Miami Inter-Am L. Rev.* 303; J. ATIK, préc., note 6, p.146.

⁴⁹ J.E. ALVAREZ, préc., note 10, p.xxviii,xxxiv,xxxv ; J. ATIK, préc., note 10, p.135-137.

effet, d'une part, ce système ne se contente pas d'assurer que les investisseurs étrangers soient traités sur un pied d'égalité avec les autres acteurs, tels les entreprises locales et la population : il leur donne la priorité et leur octroie des droits qui ne sont pas disponibles aux autres acteurs⁵⁰. D'autre part, il donne priorité aux droits économiques sur le processus démocratique et les droits autres qu'économiques (tels les droits politiques, sociaux, etc.): en effet, même si l'État agit dans l'intérêt public et dans le respect de sa Constitution (ce qui, à titre d'exemple, implique, au Canada, que le partage des compétences entre le fédéral et les provinces et que la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵¹ aient été intégralement respectés), il peut être appelé à dédommager l'investisseur étranger, y compris en l'absence de toute discrimination à son égard⁵², ce qui revient à dire que dans un tel cas la population va par le biais de ses impôts devoir payer l'investisseur afin qu'il se conforme aux lois, aux ordonnances administratives et aux décisions des tribunaux locaux⁵³.

Certains commentateurs ont souligné que cela pourrait avoir pour conséquence un 'gel' législatif, administratif et judiciaire⁵⁴. Le chapitre 11 de l'ALÉNA n'interdit pas à l'État de légiférer ou de prendre telle décision administrative et il n'empêche pas non plus un juge de rendre une décision, mais il suspend une épée de Damoclès au-dessus de la tête de chacun des acteurs concernés: la perspective que l'État ait à payer des millions de dollars si la décision prise affecte un investisseur étranger de la manière prévue au chapitre 11 de l'ALÉNA⁵⁵. Cela peut rendre les acteurs concernés hésitants à adopter des mesures qui sont dans l'intérêt public, mais qui sont susceptibles d'être remises en question en raison des dispositions du traité⁵⁶. Ceci a évidemment un impact sur la capacité de l'État à gérer le risque puisque sa marge de manœuvre à cet égard devient plus restreinte.

⁵⁰ J. ATIK, préc., note 10, p.145-146 ; D. BROWNE, préc., note 29, p.42; D. LEMIEUX et S. MEKKI, préc., note 28, p.815.

⁵¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c.11)).

⁵² J. ATIK, , préc., note 10, p.146 et J.E. ALVAREZ, préc., note 48. Voir en particulier le texte de l'article 1110 de l'ALÉNA à cet égard, dont les exigences sont cumulatives.

⁵³ J.A. MCKINNEY, préc., note 29, p.231: **“Because of Chapter 11 provisions, governments could be put in the position of having to compensate producers of polluting products for the elimination of these products from the environment. That certainly was not the intention of the signatories to the NAFTA Agreement.”** (emphase ajoutée).

⁵⁴ J. ATIK, préc., note 10, p.138, p.141-142 et p.150; J.E. ALVAREZ, préc., note 10, p.xxiii; M. APPEL MOLOT, préc., note 34, p.176-177; D. SCHWANEN, “Commentary” , dans Laura RITCHIE-DAWSON (Dir.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Ottawa, Centre de droit et de politique internationale de l'Université de Carleton, p.46. Voir aussi D. SCHNEIDERMAN, préc., note 10, p. 70-71.

⁵⁵ C'est non seulement l'avis de plusieurs commentateurs mais aussi celui exprimé par certains politiciens eux-mêmes, voir notamment R. DUTRISAC, préc., note 23, citant la Ministre d'État aux Relations Internationales du Québec de l'époque, Mme Louise Beaudouin : « En ce sens, le chapitre 11 diminue la capacité des États de légiférer dans l'intérêt public. Dans son discours, Mme Beaudouin cite Marc Lalonde, ancien ministre du gouvernement Trudeau: « La simple menace de recours en vertu du chapitre 11 peut éventuellement conduire à un environnement politique dans lequel les gouvernements hésiteront à légiférer en matière de services publics par crainte de poursuites de la part d'investisseurs étrangers mécontents.» Les pays plus faibles économiquement sont d'ailleurs plus vulnérables à ce type de menaces. « L'autocensure potentielle d'un parlement est certes l'une des formes les plus insidieuses d'attaque contre la démocratie », estime la ministre. »

⁵⁶ K. BENYEKHFLEF, préc., note 10, p. 359 : « En outre, si la sentence arbitrale rendue dans le cadre du chapitre 11 n'impose pas directement à l'État de modifier les mesures reconnues comme contraires aux règles de l'ALÉNA, il reste qu'il est souvent dans son intérêt de changer celles-ci plutôt que de prendre le risque d'avoir à verser des dommages et intérêts considérables à d'autres acteurs privés. Ainsi, François Roch affirme que ‘la possibilité (pour l'investisseur) d'un recours contre un État devient aussi un moyen de faire pression sur les gouvernements. Détourné de sa finalité juridique, il peut même devenir un puissant outil de lobbying et de marchandage’».

Les tribunaux pas non plus à l'abri des pressions: la filiale d'une multinationale américaine, Unilever, n'a pas hésité à menacer d'intenter une poursuite en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA contre le Canada afin d'être dédommée d'une décision rendue par la Cour suprême du Canada à son égard⁵⁷. Unilever n'a pas mis sa menace à exécution mais une telle poursuite demeure possible⁵⁸.

Il faut également souligner que l'éducation, la santé publique, la protection de l'environnement et d'autres questions sociales ne sont pas automatiquement exclues de l'application du chapitre 11 de l'ALÉNA⁵⁹. Plusieurs auteurs s'interrogent donc sur l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la capacité d'un État de légiférer pour le bien public⁶⁰.

En effet, le problème avec le chapitre 11 de l'ALÉNA est qu'une hiérarchie y est établie suivant laquelle la norme commerciale est dominante, puisqu'on ne peut y déroger que lorsque certaines conditions sont rencontrées et les tests proposés sont souvent extrêmement exigeants⁶¹.

⁵⁷ Lise BEAUDOIN, « Pas de margarine jaune beurre au Québec », *Journal du Barreau*, vol.37, no.8, 1^{er} mai 2005, disponible en ligne au www.barreau.qc.ca/journal, relativement à UL Canada Inc. c. PGQ (2005) 1 RCS 143; apparemment, la multinationale a essayé ensuite d'atteindre son objectif par d'autres canaux, voir Presse canadienne, « Unilever et Wal-Mart tentent de réintroduire la margarine jaune, croit le PQ », *Matinternet*, 3 novembre 2005, disponible en ligne au www.matin.qc.ca/quebec.

⁵⁸ Dans *Loewen Group c. United States*, ICSID case no. ARB (AF) 98-3, le tribunal arbitral a conclu qu'il avait juridiction pour vérifier si la décision d'une Cour de l'État du Mississippi, suite à un procès de longue durée (sept semaines) avec juge et jury, qui avait retourné un verdict de 500\$ millions contre une entreprise canadienne, contrevenait au chap.11 de l'ALÉNA, et a rejeté la plainte pour d'autres motifs; dans *Mondev International Ltd c. United States*, ICSID Case no. ARB (AF) 99-2, le tribunal arbitral a lui aussi conclu qu'il avait juridiction pour examiner si une décision unanime de la Cour d'appel de l'État du Massachusetts contrevenait au chap.11 de l'ALÉNA, et a rejeté la plainte pour d'autres motifs; voir aussi J.E. ALVAREZ, pré., note 10, p. xxix; 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; Lucien J. DHOOGHE, « The Loewen Group v. United States: punitive damages and the foreign investment provisions of the North American Trade Agreement », (2004) 19 *Conn. J. Int'l. L.* 495. Actuellement, la société par actions canadienne Apotex poursuit d'ailleurs les États-Unis pour des décisions rendues par les tribunaux américains relativement à une version générique de cette société par actions d'un médicament antidépresseur de Pfizer (Notice of Arbitration, *Apotex c. United States*, 10 décembre 2008, par.14 et par.20 à 22) et relativement à une version générique de cette société par actions d'un médicament pour le cœur de Bristol Myers (Notice of Arbitration, *Apotex c. United States*, 10 décembre 2008, par.14 et par.31), et voir aussi la seconde affaire Apotex, sur le site web américain (note 89).

⁵⁹ A.S. ALEXANDROFF, pré., note 11, p.465; B. APPLETON, pré., note 5, p.87 et p.195-196; J.E. ALVAREZ, pré., note 10, p.xxiii; M. APPEL MOLOT, pré., note 34, p.176-177. En matière de santé, voir entre autres l'affaire *Centurion Health Corporation c. Canada*, où le système de santé canadien a été attaqué et le tribunal d'arbitrage a rejeté la poursuite pour des raisons purement procédurales (voir le Arbitral Award du 2 août 2010 sur le site web du gouvernement du Canada, note 70). Dans son *Revised Amended Statement of Claim*, 2 février 2009, p.4 par.(d) et (e), l'investisseur américain n'hésitait pas à plaider notamment que « Canada is an unfair competitor in ways detrimental to US private sector companies in the monopolized health-care system in Canada » et que « Canada's allocation of hospital budgets constitute a form of cross-subsidization ». Voir aussi à ce sujet K. BENYKHELF, pré., note 10, p. 316-317.

⁶⁰ Voir entre autres, en matière de santé, T.EPPS et C.FLOOD, pré., note 16; en matière d'environnement, D. LEMIEUX et S. MEKKI, pré., note 28, p.813-814 et Hélène TRUDEAU, « Kyoto, les OGM, le principe de précaution et l'ALÉNA: la norme environnementale dans un contexte de globalisation », (2002) *Développements récents en droit de l'environnement* 139 p.162.

⁶¹ À titre d'exemple, un auteur, qui est en faveur du chapitre 11, suggère que c'est le test suivant qui est applicable en matière de mesures sanitaires ou phyto-sanitaires (ci-après SPS measures): "First, there is a clear recognition of the sovereign right of the sovereign right of states to formulate, adopt and maintain SPS measures, based on a level of protection that is considered appropriate in the circumstances by those states. Second, SPS measures **must not be adopted or maintained without sufficient scientific basis and must be based on an appropriate scientific risk assessment**. Third, SPS measures **must only be adopted or maintained** when it is **necessary** to do so. Fourth, SPS measures **must result neither in** arbitrary or unjustifiable discrimination, nor in

Enfin, le système juridique parallèle établi par le chapitre 11 de l'ALÉNA devait initialement opérer à l'abri des regards. Le chapitre 11 de l'ALÉNA ne contient aucune exigence de notifier le public de l'existence de poursuites intentées et de leur déroulement⁶². De plus, même lorsque l'existence d'une poursuite est divulguée, les tribunaux qui sont créés dans le système juridique parallèle établi par le chapitre 11 sont de simples tribunaux d'arbitrage constitués *'ad hoc'*⁶³ et il est prévu qu'ils siègent à huis clos plutôt que publiquement comme c'est le cas habituellement⁶⁴. Le choix d'un forum privé secret, pour régler un litige concernant les affaires publiques et l'État et pouvant potentiellement coûter des millions de dollars aux contribuables, a suscité l'indignation dans l'opinion publique et une certaine transparence s'est peu à peu installée⁶⁵.

a disguised on economic activity protected under the treaty. Finally, SPS measures **must be** developed and imposed in a transparent manner”, voir Todd WEILER, “Interpreting Substantive Obligations in relation to Health and Safety Issues”, dans Todd WEILER (Dir.), *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc, 2004, p.107 aux p.112-113. Voilà un test qui est très exigeant pour l'État qui souhaite adopter une mesure dans l'intérêt public sans risquer d'être sanctionné par l'application du chapitre 11 de l'ALÉNA, d'autant plus que les exigences semblent être cumulatives. En effet, avec un tel test, une mesure qui serait désirable ou souhaitable mais non nécessaire ne pourrait potentiellement pas être adoptée sans que l'État soit sanctionné, ceci même si elle n'est pas discriminatoire et qu'elle a été développée de manière suffisamment transparente. De plus, même une mesure qui serait nécessaire risquerait de ne pas pouvoir être adoptée par l'État si elle a par ailleurs un effet discriminatoire ou si elle n'est pas discriminatoire mais n'a pas été développée et imposée de manière suffisamment transparente. Il est permis de se demander s'il est bien normal de privilégier à ce point les intérêts particuliers de quelques multinationales.

⁶² J. ATIK, préc., note 10, p.142; J.A. MCKINNEY, préc., note 17, p.225: “**No transparency requirements are specified concerning Chapter 11 cases, and their paper trail is difficult to follow. Some of them could go undetected because member country governments conceivably could settle the disputes and compensate the complaining parties without any public notification**”(emphase ajoutée); A.VAN DUZER, préc., note 10, p.51, 60-61.

⁶³ C'est-à-dire qu'un tribunal est créé par les parties qui choisissent qui y siègera pour entendre leur cause particulière, puis il est dissous, et on recommence la fois suivante. Sur ce processus, voir entre autres Keith E.W. Mitchell, “Arbitrator selection and appointment under the North American Free Trade Agreement”, dans Todd WEILER (Dir.), *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc, 2004, p.313 et suiv.

⁶⁴ J. ATIK, préc., note 10, p.138-139 et 148-149; D. MCCRAE, préc., note 10, p.1 ; J.A.VAN DUZER, préc., note 10, p.61.

⁶⁵ J. ATIK, préc., note 10, p.148-149; D. MCCRAE, préc., note 10, p.1; J.A. VAN DUZER, préc., note 10, p.49 et p.61 et suiv.; Marie-Claude AUGER-BOUCHARD, « L'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA : de la confidentialité à la transparence », Mémoire de maîtrise, UQAM, 2007, disponible en ligne au <http://www.irec.net/index.jsp?p=28&f=445>. Voir aussi Anthony VAN DUZER, “Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation”, (2007) *McGill Law Journal* 681, p. 685: “Beginning in the late 1990s, tribunals in NAFTA cases have developed a set of procedural practices that significantly contribute to the openness of the investor-state process under Chapter 11. For example, **NAFTA tribunals have ordered hearings to be open to the public in three cases. Three NAFTA tribunals have recognized that it is appropriate to permit the participation of public interest groups as amici curiae in some cases.** (...) Both these procedural innovations as well as other transparency practices developed in NAFTA cases have now been endorsed in statements of the three NAFTA party states sitting at the Free Trade Commission. With respect to enhancing legitimacy, the practices of NAFTA tribunals regarding transparency and amicus participation, and their acceptance by the Free Trade Commission, are encouraging. **Unfortunately, the NAFTA regime remains incomplete. Neither NAFTA tribunals decisions nor the statements of the Free Trade Commission create comprehensive obligations that are binding on future tribunals. To date, Canada, the United States and Mexico have not amended NAFTA to guarantee the ad hoc transparency protections and amicus curiae procedures adopted in NAFTA cases.**” (emphase ajoutée); voir aussi p.721-722. En d'autres termes, les décisions sont prises au cas par cas, l'accès au public et la transparence des procédures n'est pas légalement établie et garantie.

Voilà, essentiellement, les reproches qui ont été formulés à l'endroit du chapitre 11 de l'ALÉNA. La controverse est donc non seulement juridique mais aussi sociale et politique⁶⁶. De plus, le chapitre 11 a des implications pour le Canada, les États-Unis et le Mexique, mais aussi au niveau mondial, entre autres⁶⁷ 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 »)⁶⁸ et l'Accord Multilatéral sur les Investissements (l'«AMI »)⁶⁹. Les négociations relatives à ces accords ont échoué, en raison notamment de l'opposition de la société civile et de préoccupations semblables à celles exprimées par les commentateurs dans le cadre de la controverse relative au chapitre 11 de l'ALÉNA, mais plusieurs traités bilatéraux ont été signés par le Canada depuis l'échec de l'AMI et de la ZLEA, notamment par le gouvernement conservateur actuel, et ils incorporent des dispositions essentiellement calquées sur celles du chapitre 11 de l'ALÉNA⁷⁰. Il est également probable que des dispositions du même genre

Par ailleurs, il est important de souligner que le manque de transparence est un problème qui ne concerne pas seulement le chapitre 11 de l'ALÉNA mais aussi le régime des traités sur l'investissement de manière plus générale. Comme l'indique UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No.1 (2010), International Investment Agreements, United Nations, New York, 2010 (UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/3, p. 2-3, on ignore le nombre réel de poursuites intentées en vertu de ces traités car plusieurs des poursuites et des décisions rendues par les tribunaux d'arbitrage ne sont jamais rendues publiques (par exemple, en 2009, sur 44 décisions ayant été rendues, il n'y en avait qu'une vingtaine qui avaient été rendues publiques).

⁶⁶ J.E. ALVAREZ, pré., note 10, p.xxxv ; Alan X. ALEXANDROFF, pré., note 11, p.463.

⁶⁷ L'ALÉNA, art.2204(1), inclut une procédure permettant à d'autres États d'y adhérer et a pour objectif, art.102, de 'créer le cadre d'une coopération multilatérale'; B. APPLETON, préc., note 5, p.167.

⁶⁸ Site web officiel situé au www.alca-ftaa.org; voir D. LEMIEUX et S. MEKKI, pré., note 28, p.819. La ZLEA devait regrouper tous les États du continent américain ; les négociations ont toutefois échoué en 2005, ce qui a mené plutôt à la conclusion d'un autre traité multilatéral qui inclut des dispositions semblables à celles qui étaient contestées, le "Central American – Dominican Republic –United States Free Trade Agreement" (le « CAFTA »). Le CAFTA n'inclut que sept États du continent américain; il a été approuvé par le président américain en août 2005 et est entré en vigueur avec les autres États signataires aux dates suivantes : El Salvador, 1^{er} mars 2006; Honduras et Nicaragua, 1^{er} avril 2006; Guatemala : 1^{er} juillet 2006; République Dominicaine : 1^{er} mars 2007; Costa Rica : 1^{er} janvier 2009 (voir le site web du gouvernement américain, situé au <http://www.export.gov/FTA/cafta-dr/index.asp>). Le chapitre 10 du CAFTA est inspiré du chapitre 11 de l'ALÉNA et quelques poursuites ont déjà été intentées en vertu de cet accord (voir le site web du gouvernement américain, situé au <http://www.state.gov/s/l/c33165.htm>).

⁶⁹ Voir note 27 et William A.W. NEILSON, "Some Legal Badges of Economic Globalization from Rome to the WTO and Regional Trade Agreements", 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.3 à la p.25 ; D. BROWNE, préc., note 29, p.41-42; D. LEMIEUX et S. MEKKI, préc., note 28, p.819; Bryan SCHWARTZ, "The Doha Round and Investment: lessons from chapter 11 of NAFTA", dans Todd WEILER (Dir.), *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, Inc, 2004, p.445; C. WILKIE, préc., note 6, p.15, p.17 et p.26; K. BENYEKHFLEF, préc., note 10, p. 345-348.

⁷⁰ A. VAN DUZER, préc., note 65, p.683; voir, sur le site web du gouvernement du Canada, la section consacrée aux accords de libre-échange et aux accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, située au <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra&view=d> . À titre d'exemple, l'Accord de libre-échange intervenu entre le Canada et le Chili (e.e.v. 1997; chap. G) contient un chapitre modelé sur le chapitre 11 de l'ALÉNA et il en est de même des accords de libre-échange du Canada avec le Pérou (e.e.v. 1^{er} août 2009; chap.8), la Colombie (e.e.v. 21 novembre 2008; chap.8), Panama (signé 28 juin 2009 mais encore non en vigueur, chap. 9). Certains ajustements ont toutefois été effectués pour tenter de minimiser l'impact sur l'État de certaines dispositions, notamment par l'ajout d'une annexe qui vient circonscrire l'impact des articles sur l'expropriation (équivalent de l'art. 1110 de l'ALÉNA). Plusieurs des accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers incluent également des dispositions modelées sur le chapitre 11 de l'ALÉNA. Le texte des accords et le statut de ceux qui ne sont pas encore conclus mais sont en train d'être négociés est disponible en ligne sur le site web susmentionné. Comme A. Van Duzer, préc., note 65, le signale p. 688 : "Both the U.S. and Canadian model investment treaties that each country uses as a template for its negotiations with other countries contain state-

apparaîtront dans l'Accord commercial global qui est en train d'être négocié entre le Canada et l'Union économique européenne, dont le texte n'est pas disponible (le gouvernement canadien prévoit finaliser cet accord en 2012)⁷¹. Cet accord suscite d'ailleurs de l'opposition au sein de la population tout comme cela a été le cas pour l'AMI, la ZLEA et le chapitre 11 de l'ALÉNA après son adoption (comme en témoignent entre autres les résolutions adoptées par certaines municipalités à son encontre⁷² et une pétition électronique disponible sur le site web de l'Assemblée nationale du Québec, qui a déjà été signée par plus de 2457 personnes⁷³).

Le chapitre 11 de l'ALÉNA est donc en train de contribuer à édifier un nouvel ordre juridique au niveau international⁷⁴, et il faut se demander quelles sont les implications non seulement juridiques mais aussi économiques, sociales et politiques de celui-ci. Sommes-nous sur la bonne voie, ou avons-nous pris, à la croisée des chemins, une mauvaise direction?

IV. Analyse des poursuites intentées

Afin d'évaluer la controverse relative au chapitre 11 de l'ALÉNA, il faut se poser trois questions :

- 1) le chapitre 11 de l'ALÉNA a-t-il l'effet désiré ?
- 2) a-t-il des effets secondaires ?
- 3) quelle est leur importance relative ?

En effet, au niveau pratique, quand une personne va consulter un médecin pour se faire prescrire un médicament, elle veut d'abord que ce médicament ait l'effet désiré. Toutefois, ce n'est pas suffisant en soi. Si vous prenez un médicament pour soulager la douleur mais qu'il s'avère qu'il augmente le risque pour vous d'avoir d'autres types de problèmes que vous jugez graves, par exemple, des problèmes cardiaques, il y a des chances que vous retourniez voir votre médecin pour lui demander s'il ne pourrait pas vous prescrire autre chose (on peut

investor procedures based on NAFTA chapter 11.” ; voir d'ailleurs à cet effet, pour le Canada, le texte du traité modèle et les explications fournies par le gouvernement au sujet de ses liens avec le chapitre 11 de l'ALÉNA sur la page http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.aspx?lang=fra&menu_id=65&view=d.

⁷¹ Voir, sur le site web du gouvernement du Canada, la section consacrée à cet accord, au <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/can-eu.aspx?lang=fra&view=d>. Le *Rapport conjoint Canada – Union Européenne, vers un partenariat économique plus étroit entre l'Union Économique Européenne et le Canada* (2009), indique que l'accord comprendra un chapitre sur les investissements (chap.3, section 3.7).

⁷² Ces résolutions sont le résultat d'une campagne organisée par le Conseil des canadiens, tel qu'indiqué sur leur site web, <http://www.canadians.org/francais/commerce/enjeux/AECG/index.html>. Plusieurs autres membres de la société civile s'opposent aussi à la conclusion de cet accord, voir notamment le site web de la Fédération des femmes qui mentionne spécifiquement que selon les fuites, le texte de l'Accord incluerait des dispositions semblables au chapitre 11 de l'ALÉNA, au <http://www.ffq.qc.ca/2011/10/negociations-de-laccord-canada-union-europeenne-la-societe/>.

⁷³ Voir <https://www.assnat.qc.ca/fr/exprimez-votre-opinion/petition/Petition-2129/index.html>. Voir également la prise de position de la députée péquiste Martine Vachon à l'Assemblée nationale au sujet de l'Accord, dans laquelle elle fait un lien direct avec le chapitre 11 de l'ALÉNA, en se fondant sur les travaux d'un chercheur de l'IREC, au <http://martineouellet.org/nouvelle/laccord-economique-et-commercial-global-canada-union-europeenne-extrait-de-mon-intervention>.

⁷⁴ T. WEILER, pré., note 42, p.3 qui considère le chapitre 11 de l'ALÉNA comme un « **paradigmatic shift in the way international economic law is conceived** » (emphase ajoutée) et p.24; voir aussi JA VAN DUZER, pré., note 10, p.48-49.

penser, notamment, à la saga du Vioxx qui a donné un lieu à un important rappel de ce médicament aux États-Unis⁷⁵). En d'autres termes, s'il s'avère que le médicament a des effets secondaires indésirables et que ces derniers sont considérés négatifs et trop problématiques pour être acceptables, il faut trouver une autre solution. Quand le remède est pire que le mal, il n'y a plus aucun intérêt à le prendre. Qu'en est-il du chapitre 11 de l'ALÉNA ?

A. Le chapitre 11 de l'ALÉNA a-t-il l'effet désiré ?

L'effet désiré du chapitre 11 de l'ALÉNA et des autres traités bilatéraux sur les investissements est de stimuler les investissements⁷⁶. Il y a toutefois une nuance à faire dans le cas de l'ALÉNA, quand on l'examine du point de vue du Canada, puisque nous savons que le chapitre 11 a été inséré pour tenir compte des préoccupations des États-Unis relatives au Mexique et qu'il a été rendu trilatéral pour la forme. L'objectif était de stimuler les investissements au Mexique. Le Canada n'a donc pas signé cet accord en s'attendant à que les investissements en provenance du Mexique et des États-Unis sur son territoire augmentent⁷⁷.

Toutefois, il n'en demeure pas moins que la raison d'être et la justification de telles dispositions demeure de promouvoir les investissements. Si le chapitre 11 de l'ALÉNA stimule effectivement les investissements au Mexique, alors ce dernier a obtenu une contrepartie aux restrictions à sa souveraineté découlant du chapitre 11 de l'ALÉNA, et c'est à lui d'évaluer si le jeu en vaut la chandelle. Le Canada n'a pas, de son côté, à sacrifier sa souveraineté, à moins qu'il n'obtienne aussi en contrepartie que les investissements soient stimulés chez-lui, et qu'il ne considère également que le jeu en vaut la chandelle⁷⁸. Est-ce le cas ?

⁷⁵ Voir à ce sujet l'article de William R. WARE, « The Vioxx Saga : perspective on the recall », à <http://www.yourhealthbase.com/Vioxx.htm>. Voir aussi The Associated Press, *Merck will pay \$950 millions to settle Vioxx investigation*, 22 novembre 2011, à <http://medicalxpress.com/news/2011-11-merck-950m-vioxx.html> (dernier accès le 6 décembre 2011).

⁷⁶ A. KAUSHAL, préc., note 41, p. 508 : « Two related assumptions underlie the asymmetrical relationship characteristic of most BITs. First, BITs will lead to increased flows; and second, increased FDI flows will lead to economic development. The first claim provides the widely accepted basis for the BIT discourse of investment protection, promotion and liberalization in spite of sovereignty costs. This is their 'grand bargain' – the promise of protection in exchange for the prospect of more investment. BITs are understood to attract and promote foreign investment by reducing the space for arbitrary and unpredictable state actions. »

⁷⁷ A. VAN DUZER, préc., note 65, p. 693.

⁷⁸ Le gouvernement canadien indique sur son site web que « Un accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) est un accord bilatéral visant à protéger et à promouvoir l'investissement étranger par des droits et des obligations juridiquement contraignants. » (voir <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=fra&view=d>) et que le Canada conclut des APIEs « pour protéger l'investissement canadien à l'étranger, mais les sanctions prévues sont réciproques et permettent au Canada de renforcer son statut à titre de pays stable où les conditions d'investissement sont prévisibles. À cet égard, les APIEs contribuent à intensifier les courants d'investissements entre les pays signataires. » (voir http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa-purpose.aspx?lang=fra&menu_id=63&view=d). Le Canada semble donc considérer qu'il est approprié de faire des concessions au niveau de sa souveraineté pour protéger les investissements canadiens à l'étranger, mais ce ne l'est pas, car ces investissements constituent eux-mêmes la seule contrepartie à laquelle l'autre État est en droit de s'attendre, voir A. KAUSHAL, préc., note 41, p. 508.

Une chose est claire, c'est que les investissements américains ont beaucoup augmenté depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, non seulement au Mexique⁷⁹, mais aussi au Canada, où ils ont triplé⁸⁰. À première vue, on pourrait donc avoir le réflexe de penser que le chapitre 11 de l'ALÉNA a effectivement stimulé les investissements et donc produit les effets désirés, non seulement au Mexique mais aussi au Canada.

Toutefois, il faut examiner les choses davantage en profondeur. Est-ce vraiment le chapitre 11 de l'ALÉNA qui est la cause de l'augmentation des investissements américains au Canada et au Mexique, ou n'y a-t-il pas plutôt d'autres facteurs plus déterminants ?

En réalité, comme nous allons le voir, le lien causal entre le chapitre 11 de l'ALÉNA et l'augmentation des investissements est loin d'être scientifiquement établi. Il n'y a pas de preuve actuellement que l'augmentation des investissements est due aux dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA plutôt qu'à d'autres facteurs.

Kaushal souligne en effet que bien que la justification traditionnellement invoquée en faveur de l'inclusion de dispositions semblables à celles du chapitre 11 de l'ALÉNA dans les traités bilatéraux sur les investissements est qu'ils ont pour effet d'augmenter les investissements, il ne s'agit en réalité que d'un simple postulat et non d'un fait scientifiquement établi.

Plusieurs études empiriques réalisées pour vérifier la validité de ce postulat semblent plutôt démontrer qu'il est inexact⁸¹. Il est d'ailleurs frappant de constater que plusieurs des États qui

⁷⁹ Voir la note 38.

⁸⁰ Voir notamment les données sur les investissements directs étrangers au Canada par pays (stocks d'investissements), de 1994 à 2010, sur le site web du Bureau de l'Économiste en chef du Canada, situé au <http://www.international.gc.ca/economist-economiste/statistics-statistiques/investments-investissements.aspx?lang=fra&view=d>. Les investissements directs étrangers au Canada en provenance des États-Unis sont passés de 102, 629 millions de dollars en 1994 à 306,141 millions de dollars en 2010. Ceux en provenance de Mexique sont passés de 177 millions de dollars en 1994 à 197 millions de dollars en 2010, ce qui n'est pas substantiel.

À l'inverse, ceux du Canada au Mexique sont passés de 1 073 millions de dollars en 1994 à 4 551 millions de dollars en 2010, et ceux du Canada aux États-Unis sont passés de 77 987 millions de dollars en 1994 à 249 910 millions de dollars en 2010, voir le site web mentionné ci-dessus.

⁸¹ A. KAUSHAL, préc., note 41, p. 508-509 : “ **The assumption that BITs promote investment has recently been called into question by numerous conflicting studies** ”. Some critics of the BIT regime have long doubted the positive effects of BITs on FDI location, suggesting that the legal institutional climate of a country matters more than the presence of a treaty. Several early economic studies confirmed this prediction, finding a weak or non-existent correlation between BITs and changes in FDI flows. Later studies vary in their conclusions.

Two early U.N. studies found no « direct linkage » between BITs and FDI flows and concluded that BITs play a “ minor and secondary role in influencing FDI flows ”. A more recent World Bank report found that ‘BITs do not seem to have increased flows of investments to signatory developing countries’. The report was based on a study concluding that BITs do not act as substitutes for strong domestic institutions and respect for property rights but instead act as complements where those reforms are already in progress. According to this study, BITs are not a source of pro-FDI policies but rather are a codification of existing ones. These findings were confirmed in at least four more studies, with some intervening studies finding that BITs have a positive effect on FDI flows. Thus the positive correlation between BITs and FDI flows remains a source of contention. Given the possibility that BITs may not attract FDI flows, reevaluation of other aspects of the foreign investment regime seems appropriate. One corollary of this conclusion is that a BIT is not a necessary condition for FDI flows. Indeed, **FDI flows occur between several countries that do not share a BIT. For example, Japan, the**

reçoivent le plus d'investissements étrangers n'ont jamais signé de tels traités (notamment la Chine, qui est le premier destinataire des investissements étrangers provenant des États-Unis, et le Brésil)⁸².

À cet égard, il est d'ailleurs intéressant de souligner que le Canada et l'Union économique européenne ne sont pas actuellement parties à un traité sur les investissements, bien qu'ils soient en train d'en négocier un, et pourtant ça n'a pas empêché l'Union économique européenne de devenir une importante source d'investissements étrangers directs pour le Canada (la deuxième, immédiatement derrière les États-Unis), et vice-versa⁸³. Il est d'ailleurs intéressant de constater que pour la période où des données sur les investissements au Canada en provenance de l'Union économique européenne sont disponibles (de 2000 à 2010), on constate une augmentation des investissements en provenance de là-bas dans une proportion à peu près équivalente à l'augmentation des investissements effectués au Canada en provenance des États-Unis⁸⁴. La présence du chapitre 11 de l'ALÉNA n'a pas fait en sorte que les investissements en provenance des États-Unis augmentent beaucoup plus fortement que ceux en provenance de l'Union économique européenne, et à l'inverse, l'absence de traité économique global avec cette dernière n'a pas eu pour effet de prévenir une augmentation importante des investissements européens au Canada⁸⁵.

De même, les investissements mexicains effectués au Canada n'ont que très peu augmenté, bien qu'ils soient aussi protégés par le chapitre 11 de l'ALÉNA⁸⁶, ce qui n'est pas surprenant en soi, puisque les investisseurs du Mexique n'ont pas nécessairement autant de fonds à investir⁸⁷.

Tout ceci est révélateur du fait que :

second-largest source of FDI in the world, has concluded only about a dozen BITs. The United States does not have a BIT with China, the prime destination for its FDI outflows. Brazil, which is at the forefront of receiving FDI flows, has not ratified a single BIT. Conversely, several countries that have concluded BITs have received only moderate inflows of FDI, notably sub-Saharan countries. »(emphase ajoutée)

⁸² Ibid; du moins, c'était le cas au moment où les études empiriques pertinentes ont été réalisées.

⁸³ Voir le site web du gouvernement du Canada, section concernant l'Accord économique global avec l'Union économique européenne, situé au <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/can-eu.aspx?lang=fra&view=d> : « Selon Statistique Canada, l'UE est également la deuxième source d'investissement étranger direct (IED) au Canada, comme en témoigne son volume d'IED de 146,9 milliards de dollars enregistré à la fin de 2010. Cette même année, l'investissement direct canadien en UE s'est chiffré à 145,2 milliards de dollars, et l'UE a accueilli 23,5 % de l'investissement direct canadien à l'étranger. » (emphase ajoutée).

⁸⁴ Ceux en provenance de l'Union économique européenne sont passés de 95,948 millions de dollars à 148,675 millions de dollars, soit une augmentation de 54.95%, comparativement à de 193,866 millions de dollars à 306,338 millions de dollars pour les États-Unis, soit une augmentation de 58.01%, voir <http://www.international.gc.ca/economist-economiste/assets/pdfs/FDI-Inward-Stocks-by-NAICS-Industry-FRA.pdf>.

⁸⁵ Il faut aussi noter que non seulement il n'existe pas à l'heure actuelle de traité économique global avec l'Union économique européenne, mais il n'y a que quelques rares traités bilatéraux sur les investissements entre le Canada et certains membres de l'Union économique européenne, donc l'augmentation des investissements ne peut pas non plus être expliquée à partir de traités bilatéraux existants; voir le site web du gouvernement du Canada contenant la liste de tous les accords conclus à ce sujet, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=en&view=d>.

⁸⁶ Voir la note 80.

⁸⁷ A. VAN DUZER, préc., note 65, p. 693.

- (1) la présence d'un traité sur l'investissement n'est pas une condition *sine qua non* pour attirer des investissements ;
- (2) ce n'est pas non plus la véritable cause expliquant pourquoi des investissements sont effectués dans un État plutôt que dans un autre ou pourquoi ils augmentent.

Le moins qu'on puisse dire, c'est que le lien causal entre le fait de conclure un traité contenant des dispositions protégeant les investissements et le fait de susciter des investissements est loin d'être scientifiquement établi.

C'est un point important, parce que même en tenant pour acquis que ceux qui incluent ce type de dispositions dans les traités de libre-échange sont de bonne foi et pensent sincèrement que c'est à l'avantage des États de conclure de tels traités parce qu'ils stimulent les investissements, le fait est qu'il n'y a aucune preuve en réalité qu'ils ont raison dans leur croyance.

Et s'il n'est pas établi que le chapitre 11 de l'ALÉNA a les effets désirés, et qu'au contraire il est manifestement possible de promouvoir les investissements sans avoir recours à l'insertion de telles dispositions dans nos traités, pourquoi devrions-nous supporter les inconvénients associés à ces dispositions?

Par ailleurs, il est également clair que le chapitre 11 de l'ALÉNA ne répondait pas non plus à un besoin criant des investisseurs, que ce soit au Canada, aux États-Unis ou au Mexique. En effet, si cela avait été le cas, on se serait attendu à assister à une explosion de poursuites immédiatement après son entrée en vigueur. Au contraire, ce qui s'est produit en réalité est qu'aucune poursuite n'a été intentée en vertu de ce chapitre pendant les deux premières années de son existence. De plus, les poursuites ont commencé très lentement, en très petit nombre, pour ensuite se multiplier quand les avocats ont commencé à découvrir le potentiel du chapitre 11 de l'ALÉNA et à l'utiliser plus systématiquement pour le bénéfice de leurs clients⁸⁸.

Bref, à la question de savoir si le chapitre 11 de l'ALÉNA a l'effet désiré, actuellement, la réponse donnée est plutôt négative : il n'y a aucun lien causal qui a été scientifiquement établi entre l'existence du chapitre 11 de l'ALÉNA ou de dispositions semblables et les fluctuations, à la hausse ou non, des investissements directs étrangers dans un État. De plus, le chapitre ne répondait pas à un besoin criant des investisseurs, qui ne s'en sont pas servi pendant les

⁸⁸ Voir la note 106 qui inclut un tableau montrant le nombre de poursuites intentées chaque année. C'est en 1998 que le nombre de poursuites intentées annuellement s'est mis à augmenter. Les trois premières années où le nombre de poursuites intentées est le plus élevé (1998, 2001 et 2002) sont aussi celles où des décisions octroyant des dommages-intérêts aux investisseurs étrangers ont été rendues, ce qui suggère que les décisions favorables sont remarquées par la communauté juridique, qui en tient compte ensuite lorsqu'elle examine les recours qui seraient disponibles pour ses clients. Par la suite, le nombre de poursuites intentées annuellement est demeuré relativement stable, avant de connaître une nouvelle augmentation en 2008 (à l'exception de 2005, dépendamment de la façon dont on comptabilise l'affaire "Closure of the border for BSE concerns", aussi connue au Canada sous la désignation de "Cattlemen for fair trade"). En effet, la décision dans l'affaire Éthyl Corporation a été rendue en 1998; celle dans l'affaire Metalclad a été rendue en 2001 et celles dans les affaires SD Myers, Pope & Talbot et Karpa ont été rendues en 2002. Il faut cependant prendre garde au fait que si on traite l'affaire "Cattlemen for fair trade" non pas comme une poursuite mais comme plusieurs, ceci modifie la situation, voir la note 92.

premières années de son existence. Qu'en est-il maintenant de la question des effets secondaires ?

B. Les effets secondaires imprévus du chapitre 11 de l'ALÉNA

Pour le savoir, il faut examiner les poursuites qui ont été intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA⁸⁹. Il s'agit d'effets concrets du chapitre et nous allons donc les étudier, du point de vue du Canada.

À cet égard, d'entrée de jeu, il faut rappeler que ce chapitre avait été inséré dans l'ALÉNA pour remédier aux lacunes alléguées du système juridique mexicain et bien qu'il ait été rendu trilatéral pour la forme, les parties ne s'attendaient pas à ce qu'il soit utilisé à l'encontre du Canada et des États-Unis⁹⁰. Cependant, c'est exactement ce qui est arrivé, et il s'agit là d'un premier effet secondaire tout à fait imprévu.

À ce jour, 60 poursuites (30 contre le Canada, 16 contre le Mexique et 14 contre les États-Unis)⁹¹ ont été intentées contre l'un ou l'autre des trois États signataires et il n'y a que 28 d'entre elles qui ont déjà donné lieu à des décisions judiciaires:

- 9 affaires ont fait l'objet de jugements ou ont été réglées hors cours contre le Canada, pour un total de \$156 481 566⁹²;

⁸⁹ Le Canada, les États-Unis et le Mexique indiquent chacun, sur leurs sites webs respectifs, quelles sont les poursuites qui ont été intentées contre eux jusqu'à ce jour et nous donnent accès aux documents juridiques pertinents; pour le Canada, voir le site www.dfait-maeci.gc.ca sous la rubrique 'ALÉNA', sous-rubriques « Règlement des différends », « ALÉNA – chapitre 11 – Investissement » et « Poursuites contre le Gouvernement du Canada »; on y retrouve un lien vers le site américain et le site mexicain. Dans le présent document, les affaires sont identifiées par le nom qui leur est conféré sur le site web de l'État concerné.

⁹⁰ Voir la note 41.

⁹¹ Ce nombre est obtenu en compilant les poursuites comme les États le font sur leurs sites web respectifs; cependant, dans le cas de la vache folle et de la fermeture de la frontière canado-américaine, les États-Unis traitent comme une seule poursuite plus d'une centaine de poursuites individuelles intentées par des entreprises canadiennes en 2005 (sur le site web du Canada, cette affaire est intitulée " Cattlemen for fair trade " alors que sur le site web américain, elle est plutôt désignée comme " Cases regarding the border closure for BSE concerns "). Par ailleurs, globalement, les montants réclamés sont importants mais le nombre de poursuites est faible; si le chapitre 11 de l'ALÉNA avait répondu à un besoin criant des investisseurs, on peut penser qu'il aurait été davantage utilisé.

⁹² Il s'agit des affaires suivantes :

- 1) Abitibi Bowater Inc., règlement hors-cour de Cdn\$130 millions, conclu le 24 août 2010, entériné par un « Consent Award » du 15 décembre 2010 (incluant la clause résolutoire suivante : « This Settlement Agreement is conditional upon AbitibiBowater (...) obtaining the approval of its terms by the Superior Court of Quebec in the CAA Proceedings and by the US Court in the Chapter 11 Bankruptcy Proceedings and court approval of Abitibi Bowater restructuring plan. Abitibi shall apply for such approvals promptly. Should Abitibi fail to obtain the approvals (...), this Agreement shall become null and void and Abitibi Bowater shall retain the full benefit of the Claims » (note : le mot « Claims » réfère à la poursuite intentée en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA). On peut suivre les procédures canadiennes et américaines de la réorganisation d'AbitibiBowater sur le site <http://documentcentre.eycan.com/Pages/Overview.aspx?SID=105> (dernier accès le 5 décembre 2011).
- 2) Centurion Health Corporation, jugement rendu en 2010 (rejet de la plainte)
- 3) Chemtura Corporation, jugement rendu en 2010 (rejet de la plainte)
- 4) Dow Agrosciences LLC, règlement hors-cour conclu en 2011 (pas de dommages-intérêts payés)
- 5) Éthyl Corporation, règlement hors-cour conclu en 1998 et paiement de dommages-intérêts par le Canada pour un montant d'environ CDN\$19 millions (le montant demandé était de US\$250 millions);
- 6) Merrill & Ring Forestry LLP, jugement rendu en 2010 (rejet de la plainte)

- 7 décisions ont été rendues contre les États-Unis, pour un total de zéro dollars⁹³ ;
- 12 décisions ont été rendues contre le Mexique, pour un total de 186 858 827\$⁹⁴.

Jusqu'à tout récemment, le Canada était le pays ayant eu à payer le montant le plus élevé en dommages et intérêts aux investisseurs étrangers, mais compte tenu d'une décision rendue à l'automne 2011 dans une affaire mexicaine, le Mexique est devenu le pays qui a eu à payer le

- 7) Pope & Talbot, jugements rendus en 2000, 2001 et 2002, paiement de dommages-intérêts par le Canada d'un montant de CDN\$461 566 plus \$120 000 de frais judiciaires;
- 8) S.D. Myers, jugements rendus en 2000, 2002 et 2004; paiement de dommages-intérêts par le Canada pour un montant de CDN\$6,050,000 plus \$850 000 de frais judiciaires (le montant demandé était de US\$508 millions);
- 9) UPS, jugement rendu en 2007 (rejet de la plainte).

⁹³ Il s'agit des affaires suivantes :

- 1) ADF Group, jugement rendu en 2003 (rejet de la plainte)
- 2) " Cases regarding the border closure due to BSE concerns " (au Canada, « Cattlemen for fair trade »), jugement rendu en 2008 (rejet de la plainte)
- 3) Glamis Gold : jugement rendu en 2009 (rejet de la plainte)
- 4) Grand River Enterprises Six Nations : jugement rendu en 2011 (rejet de la plainte)
- 5) The Loewen Group Inc.: jugements rendus en 2003 et en 2004 (rejet de la plainte)
- 6) Methanex Corp.: jugement rendu en 2005 (rejet de la plainte);
- 7) Mondev International Ltd: jugement rendu en 2002 (rejet de la plainte).

Voir les documents juridiques pertinents sur le site web des États-Unis, note 89. De plus, les affaires Canfor Corp., Tembec Inc. et Terminal Forest Products Ltd ont fait l'objet d'une procédure de consolidation et il a été décidé que le tribunal n'avait pas juridiction pour la plus grande partie de la plainte de Canfor Corp. et de Terminal Forest Products Ltd.

⁹⁴ Il s'agit des affaires suivantes :

- 1) Archer Daniels Midland Co, jugement rendu en 2007, le Mexique a dû payer 33 510 091\$US;
- 2) Azinian, jugement rendu en 1999 (rejet de la plainte);
- 3) Bayview Irrigation District no.11, jugement rendu en 2007 et appel rejeté en 2008 par la Cour supérieure de l'Ontario dans *Bayview Irrigation District no.11 vs United Mexican States*, (2008) CarswellOnt 2682 (donc rejet de la plainte);
- 4) Cargill Inc., jugement rendu en 2009 obligeant le Mexique à payer des dommages-intérêts de 77,329,240\$, confirmé par la Cour supérieure d'Ontario, *United Mexican States c. Cargill Inc.*, (2010) ONSC 4656, et par la Cour d'appel de l'Ontario, (2011) Carswell 10059, CAC 52737.
- 5) Corn Products International Inc., jugement rendu en 2008. Le site web mexicain est incomplet sur cette affaire; notamment, le montant des dommages-intérêts payables par le Mexique n'est pas indiqué dans le jugement ni ailleurs sur le site web, mais un communiqué de presse émis par la société par actions le 25 janvier 2011 indique qu'elle a reçu un montant de US\$58.4 millions de la part du Mexique. Le communiqué mentionne aussi une sentence arbitrale de 2009 et un règlement intervenu entre les parties pour mettre fin au litige qui ne sont pas sur le site.
- 6) Fireman's Fund, jugement rendu en 2006 (rejet de la plainte);
- 7) GAMI Investments Inc., jugement en 2004 (rejet de la plainte).
- 8) International Thunderbird Corporation, jugements rendus en 2005 et en 2007 (rejet de la plainte); le site web du Mexique est incomplet à l'égard de cette affaire car bien que l'existence de la décision de 2007 soit mentionnée, elle n'apparaît pas sur le site; par contre, elle est disponible sur Westlaw, voir *International Thunderbird Corporation v. United Mexican States*, US District Court, district of Columbia, 473 F.Supp. 2d 80.
- 9) Marvin Roy Feldman Karpa pour CHEMSA, jugement rendu en 2002 et confirmé par la Cour supérieure de l'Ontario en 2003, *In the matter of an arbitration pursuant to chapter 11 of NAFTA between Marvin Fledman Karpa and United Mexican States*, court file no. 03-CV-23500; et par la Cour d'appel d'Ontario dans *United Mexican States v. Karpa*, (2005) 193 OAC 213; le Mexique a dû payer 18 563 101.9 pesos, ce qui équivaut à environ 1,617,063\$US (le montant demandé par l'investisseur était de 19 millions \$US et plus;
- 10) Metalclad Corp., jugements rendus en 2000 et 2001, le Mexique a dû payer 16 002 433\$;
- 11) Waste Management I: jugement rendu en 2000 (rejet de la plainte);
- 12) Waste Management II: jugement rendu en 2004 (rejet de la plainte).

Voir le site web du gouvernement mexicain accessible via celui du Canada sous le nom de chacune des affaires précitées, note 89.

montant le plus élevé jusqu'à présent et le Canada est passé au deuxième rang.⁹⁵ Les États-Unis n'ont rien eu à payer du tout.

De plus, ce sont les multinationales américaines qui ont raflé la quasi-totalité des dommages-intérêts octroyés par les tribunaux en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA (d'ailleurs, toutes les poursuites contre le Canada ont été intentées par des plaignants américains sauf une, qui a été retirée⁹⁶; et toutes les poursuites contre le Mexique ont été intentées par des plaignants américains sauf une, qui a été rejetée⁹⁷). Les États-Unis, qui n'ont rien payé et dont les multinationales sont les seules à gagner des poursuites, semblent donc être ceux qui ont été le plus avantagés par le chapitre 11 de l'ALÉNA. Par contraste, le Canada fait certainement figure de perdant : il a payé plusieurs millions de dollars de dommages-intérêts et en vingt-cinq ans, aucune de ses entreprises n'a gagné la moindre poursuite.

D'autre part, si on examine la situation de chacun des trois États en termes de poursuites relativement auxquelles aucune décision n'a encore été rendue, on constate que le Canada a dû faire face à 21 autres poursuites, dont huit semblent encore actives⁹⁸, cinq ont été retirées⁹⁹ et huit semblent inactives¹⁰⁰. Les poursuites actives représentent actuellement un montant total d'environ 4 milliards 832 millions de dollars¹⁰¹ et les plaignants sont tous américains.

⁹⁵ Il s'agit de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire Cargill, préc., note 94, no.4, confirmant l'octroi de 77,329,240\$ à un investisseur.

⁹⁶ Il s'agit de l'affaire Signa S.A. de CV qui avait été intentée en 1996 et qui a été retirée.

⁹⁷ Il s'agit de l'affaire International Thunderbird Gaming Corporation, qui a été intentée en 2002 et rejetée en 2005 (appel rejeté en 2007).

⁹⁸ Les affaires actives sont les suivantes :

- 1) Andre, John R. Qaivvik Ltée et Caribou Pass Outfitters Ltée, intentée en 2010 (montant demandé : au moins 4 025 000 de dollars CDN)
- 2) Clayton Family et Bilcon of Delaware Inc., intentée en 2008 (montant demandé: 101 millions \$US);
- 3) Detroit International Bridge Company, intentée en 2010 (montant demandé : 3.5 milliards \$US alors qu'il était initialement d'1.5 milliard \$US).
- 4) Mobil Investments Canada et Murphy Oil Corp. (Exxon Mobil), intentée en 2007 (montant demandé : plus de 65 millions \$CDN)
- 5) Mesa Power Group LLC, intentée en 2011 (montant demandé : plus de 775 millions \$CDN)
- 6) St-Mary's VCNA LLC, intentée en 2011 (montant demandé : plus de 275 millions \$CDN)
- 7) V.G. de Gallo, intentée en 2006 (montant demandé : plus de \$104 millions \$CDN)
- 8) William J. Greiner et les Pourvoiries de la Malbaie, intentée en 2008 (montant demandé:8 millions \$).

Voir le site web du Canada, note 89. Le taux de change utilisé pour le calcul du montant total est d'un pour un (taux applicable au 5 décembre 2011).

⁹⁹ Les affaires retirées sont les suivantes :

- 1) Christopher et Nancy Laci, intentée en 2009.
- 2) Ketcham Investments Inc. et Tysa Investments Inc., intentée en 2000.
- 3) Nicolas Peter Pesic, intentée en 2005.
- 4) Trammel Crow Company, intentée en 2002.
- 5) Signa S.A. de C.V., intentée en 1996.

Dans trois des cinq poursuites intentées contre le Canada qui ont été retirées, c'était des cabinets d'avocats réputés qui représentaient l'investisseur (soit dans les affaires Signa SA de CV, Trammel Trow Company et Ketcham Investments Inc). Le seul fait d'intenter les poursuites a sans doute coûté plusieurs milliers de dollars. Pourquoi ont-elles été retirées? Y a-t-il eu des négociations, des concessions au niveau réglementaire ou le paiement d'un dédommagement quelconque? Comme le tribunal d'arbitrage n'a pas été constitué dans ces affaires et que rien dans l'ALÉNA n'exige la divulgation des communications ayant eu lieu entre l'État concerné et l'investisseur, nous sommes quelque peu dans l'obscurité. Souvent, les parties à une querelle judiciaire la règlent via des négociations bien avant de passer devant le juge. *A priori*, il n'y a pas de raison de penser que les avocats agissent différemment dans le cas des poursuites du chapitre 11 de l'ALÉNA. À ce sujet, voir la note 62.

¹⁰⁰ Les affaires inactives sont les suivantes :

De leur côté, les États-Unis ont eu à faire face à sept autres poursuites, dont deux sont encore actives et totalisent US\$16 millions¹⁰². Les cinq poursuites restantes semblent inactives bien qu'elles n'aient pas été officiellement retirées¹⁰³.

Quant au Mexique, il a dû faire face à quatre autres poursuites, qui sont toutes inactives¹⁰⁴. Les poursuites contre le Mexique ont toutes été intentées par des plaignants américains¹⁰⁵. Le Mexique n'est partie à aucune poursuite active en ce moment. Le Canada est donc l'État qui est poursuivi pour le montant le plus élevé actuellement en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

De plus, ce qui est frappant dans le cas du Mexique, c'est qu'alors que le chapitre 11 a été introduit dans l'ALÉNA pour remédier aux lacunes alléguées du système juridique mexicain, selon l'information disponible sur les sites web du Canada, des États-Unis et du Mexique, il n'y aurait aucune poursuite ayant été intentée contre le Mexique depuis 2005¹⁰⁶. Quand aux

-
- 1) David Bishop, Destinations Saumon Gaspésie Inc., intentée en 2008;
 - 2) Albert Connelly, intentée en 2004;
 - 3) Contractual Obligations Productions, LLC, intentée en 2004;
 - 4) GL Farms LLC et Carl Adams, intentée en 2006;
 - 5) Georgia Basin Holdings LLC, intentée en 2008;
 - 6) Gottlieb Investors Group, intentée en 2007 (décision en 2008 via l'article 2103(6) de l'ALÉNA; les autorités fiscales canadiennes et américaines confirment qu'il ne s'agit pas d'une expropriation en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA);
 - 7) Shiell Family Group, intentée en 2008;
 - 8) Sun Belt Water, intentée en 2001.

Voir le site web du Canada, note 89. Une poursuite est classifiée ici comme inactive s'il n'y a plus de procédure ou de correspondance ou autre au dossier électronique qui apparaît sur le site web du gouvernement concerné depuis au moins 2008. Toutefois, si ce gouvernement a omis de verser certains documents ou informations au dossier, cette classification pourrait s'avérer inexacte.

¹⁰¹ Voir la note 98 pour les montants de chaque poursuite individuelle et le taux de change utilisé.

¹⁰² Les affaires actives ont toutes les deux été intentées par la société par actions Apotex Inc., une en 2008 et une en 2009 (montants demandés dans chacune: 8 millions \$US). Voir le site web des États-Unis, note 89.

¹⁰³ Premièrement, il y a eu plusieurs poursuites concernant le bois d'œuvre canadien : trois d'entre elles, celles Canfor Corp., Tembec Inc, Terminal Forest Products Ltd, ont été consolidées ensemble en 2005 et il y a eu jugement rendu en 2007 dans lequel le tribunal a décliné juridiction en partie; il n'y a aucune information au dossier depuis. Il y a également une autre poursuite qui a été intentée par Domtar Inc. concernant le bois-d'oeuvre en 2007 mais il n'y a aucune information au dossier depuis. Enfin, une poursuite qui a été intentée par Kenex Ltd en 2002 et une autre poursuite a été intentée par CANACAR en 2009, et il n'y a eu aucun mouvement dans ces dossiers depuis.

¹⁰⁴ Les affaires inactives sont les suivantes :

1. Calmark Commercial Development Inc., intentée en 2001, rien au dossier depuis;
2. Francis Kenneth Haas, intentée en 2001, rien au dossier depuis.
3. Robert J. Frank, intentée en 2002, rien au dossier depuis ;
4. Lomas Santa Fe, intentée en 2001, rien au dossier depuis.

Il n'y a pas d'indication que ces poursuites ou d'autres ont été officiellement retirées. La classification de ces poursuites comme étant inactives pourrait être inexacte s'il s'avérait que le Mexique a omis de tenir les dossiers électroniques de ces poursuites à jour.

¹⁰⁵ L'exception est l'affaire International Thunderbird Gaming Corporation qui a été intentée par un Canadien.

¹⁰⁶ Le tableau suivant liste toutes les poursuites intentées par année en précisant contre quel État chacune était dirigée :

Année où les poursuites ont été intentées	Nombre de poursuites	Nom des poursuites	État contre lequel la poursuite a été intentée
1994	zéro	N/A	N/A
1995	zéro	N/A	N/A
1996	2	1.Ethyl Corporation 2.Signa SA de CV	1. Canada 2. Canada

1997	2	1.Azinian 2.Metalclad	1. Mexique 2. Mexique
1998	3	1.Waste Management I 2.SD Myers 3.The Loewen Group Inc.	1. Mexique 2. Canada
1999	3	1.Fireman's Fund 2.Karpa 3.Pope & Talbot	1. Mexique 2. Mexique 3.Canada
2000	4	1.Waste Management II 2.Ketcham 3.UPS 4.ADF Group	1. Mexique 2. Canada 3. Canada 4. États-Unis
2001	7	1.Billy Joe Adams 2.Calmark Commercial Development Inc. 3.Francis Kenneth Haas 4.Lomas Santa Fe Investment, LLP 5.Chemtura 6.Sun Belt Water Inc. 7.Mondev	1. Mexique 2. Mexique 3. Mexique 4. Mexique 5. Canada 6. Canada 7. États-Unis
2002	7	1.Frank J. Robert 2.GAMI Investments Inc. 3.International Thunderbird Gaming Corporation 4.Trammel Crow 5.Canfor 6.Kenex 7.Methanex	1. Mexique 2. Mexique 3. Mexique 4. Canada 5. États-Unis 6. États-Unis 7. États-Unis
2003	4	1.Archer Daniels Midland et Co. 2.Corn Products International Inc. 3.Glamis Gold Ltd 4.Tembec	1. Mexique 2. Mexique 3. États-Unis 4. États-Unis
2004	5	1.Cargill Inc. 2.Connelly 3.Contractual Obligations Productions LLC 4.Grand River Enterprises Six Nations, Ltd 5.Terminal Forest Products Ltd	1. Mexique 2. Canada 3. Canada 4. États-Unis 5. États-Unis
2005	3	1.Bayview Irrigation District 2.Pesic 3.Cases regarding border closure due to BSE concerns	1. Mexique 2. Canada 3. États-Unis
2006	3	1.GL Farms LLC 2.Merril Ring Forestry LP 3.VG Gallo	1. Canada 2. Canada 3. Canada
2007	3	1.Gottlieb Investors Group 2.Mobil Investments 3.Domtar	1. Canada 2. Canada 3. États-Unis

États-Unis, ils n'ont pas été poursuivis depuis 2009¹⁰⁷. Par contraste, il y a eu plusieurs poursuites intentées contre le Canada en 2010 et en 2011.

Actuellement, c'est donc le Canada qui doit faire face à la fois au nombre et au montant le plus élevé de poursuites actives; les États-Unis arrivent loin derrière au second rang (seulement 8 millions de dollars alors que le Canada est poursuivi par des investisseurs américains pour plus de 4 milliards 832 millions de dollars) et le Mexique n'est plus partie à aucune poursuite. Le Canada est donc l'État le plus poursuivi actuellement en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

De plus, lorsqu'on répartit les poursuites intentées par période de cinq ans (de 1994 à 1999, de 2000 à 2005 et de 2006 à 2011), on constate une tendance plutôt inquiétante pour le Canada: non seulement les poursuites se sont multipliées de manière exponentielle par rapport à la première période quinquennale, mais de plus la proportion de poursuites intentées contre le Canada plutôt que contre les États-Unis ou le Mexique est passée de 40% à 90%¹⁰⁸.

Jusqu'à présent, on pourrait donc résumer les effets secondaires imprévus pour le Canada comme suit : non seulement il a été poursuivi en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA alors qu'il

2008	8	1. Bishop 2. Centurion Health Corp. 3. Clayton/Bilcon 4. Dow Agrosciences LLC 5. Georgia Basin Holdings LLC 6. Shiell Family 7. Greiner 8. Apotex	1. Canada 2. Canada 3. Canada 4. Canada 5. Canada 6. Canada 7. Canada 8. États-Unis
2009	4	1. AbitibiBowater 2. C et N Lacih 3. Apotex 4. Canacar	1. Canada 2. Canada 3. États-Unis 4. États-Unis
2010	2	1. Andre 2. Detroit International Bridge Company	1. Canada 2. Canada
2011	2	1. Mesa Power Group LLC 2. St-Mary's VCNA LLC	1. Canada 2. Canada

¹⁰⁷ Voir le tableau à la note 106.

¹⁰⁸ Voir le tableau ci-dessous :

Période quinquennale	Nombre de poursuites intentées contre le Canada	Nombre de poursuites intentées contre les trois États	Pourcentage de poursuites intentées contre le Canada	Multiplification des poursuites contre le Canada par rapport à 1994-1999
1994-1999	4	10	40%	N/A
2000-2005	8	28	28%	double
2006-2011	18	20	90%	plus que le quadruple

ne s'y attendait pas, mais il est devenu l'État le plus poursuivi, pour des sommes très importantes, alors que le Mexique n'est plus poursuivi du tout.

Mais le fait que le Canada soit l'État le plus poursuivi et que seules les multinationales américaines aient gagné des causes en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA ne doit pas occulter l'essentiel de la controverse. Celle-ci, rappelons-le, est relative à l'impact sur la démocratie du chapitre 11 de l'ALÉNA et au fait qu'il permettrait, à toutes fins pratiques, aux multinationales étrangères de se faire dédommager pour le fait qu'elles doivent se conformer à la législation locale comme tout le monde, ce qui est tout à fait anormal, et comporte de surcroît le risque de provoquer un gel législatif.

Si on examine les jugements rendus contre le Canada, on constate que ces préoccupations se sont révélées justifiées dès le départ, même si les choses se sont un peu améliorées par la suite, après que le processus soit devenu davantage public.

Dans la première affaire, Éthyl Corporation, il n'y a pas eu de jugement au mérite parce que le Canada a préféré abroger la loi environnementale contestée et régler l'affaire hors-cour pour 19 millions (il était poursuivi pour 251 millions)¹⁰⁹. Dans la seconde affaire, SD Myers, qui a été en révision judiciaire, le tribunal d'arbitrage a reconnu que l'objectif de la loi concernée était encore environnemental mais a conclu que le moyen employé pour atteindre l'objectif était illégitime en vertu de l'ALÉNA¹¹⁰ ; la cour fédérale a pris un raccourci en déclarant que l'objectif de la loi n'était pas environnemental, un point de vue qui prête pour le moins à controverse¹¹¹. La loi a été abrogée et des dommages-intérêts de 6.05 millions payés. Dans les deux cas, le gouvernement canadien a donc été contraint d'abroger des lois environnementales

¹⁰⁹ J.A. MCKINNEY, préc., note 29, p.227. Le Canada a pris cette décision lorsque le tribunal a décidé qu'il avait juridiction pour entendre la plainte. L'investisseur américain était apparemment le seul importateur de MMT au Canada, une substance relativement à laquelle se déroule toujours un débat public relatif à l'environnement et à la santé publique. Le MMT était alors banni de plusieurs États américains et le gouvernement canadien souhaitait aussi le bannir au Canada. Il semble pour le moins anormal qu'un investisseur américain ait pu obtenir le retrait d'une loi canadienne bannissant le MMT alors qu'il existait aussi des lois qui avaient banni ce produit dans certains États de son propre pays (c'était le cas notamment, en Californie et dans l'État de New York). C'est un résultat qui est aberrant. Voir aussi D. SCHNEIDERMAN, préc., note 10, p. 129-134, incluant une discussion relativement au lien entre cette dispute et l'Accord sur le commerce intérieur.

¹¹⁰ *SD Myers, Inc. c. Canada*, First Partial Award, arbitral tribunal, 13 novembre 2000, p.44 par.195 et p.64 par.255: “**Canada was concerned to ensure the economic strength of the Canadian industry, in part, because it wanted to maintain the ability to process PCBs within Canada in the future. This was a legitimate goal, consistent with the policy objectives of the Basel Convention. (...) but the method contravened Canada's international obligations under the NAFTA.**” (emphase ajoutée). L'investisseur américain défendait son droit d'importer des BPCs du Canada pour alimenter son usine de recyclage située aux États-Unis puisqu'il ne parvenait plus à s'approvisionner suffisamment aux États-Unis ; le Ministre de l'environnement voulait, conformément à la convention de Bâle, recycler les BPCs canadiens au Canada et ne voulait pas être à la merci d'une fermeture unilatérale de la frontière par les Américains à cet égard, fermeture qui s'est d'ailleurs produite tel qu'anticipé par le Ministre. Ceci n'a pas empêché le tribunal de condamner le Canada à dédommager SD Myers pour les quelques mois où la frontière était ouverte, ce qui est difficilement justifiable.

¹¹¹ *In the matter of an arbitration under Chapter 11 of NAFTA, Canada c. SD Myers*, (2004) FC 38 (Cour fédérale) p.32 “**There is no dispute that the Canadian ban on PCB exports sought to protect Canadian companies from US competitors, and was not for a legitimate environmental purpose**” (emphase ajoutée). Plusieurs groupes environnementaux étaient en désaccord avec le point de vue de la cour : le Council of Canadians, le Sierra Club of Canada et Greenpeace ont tenté d'intervenir aux procédures mais ils ont été déboutés par la cour. Voir l'analyse de cette affaire par D. LEMIEUX et S. MEKKI, préc., note 28.

qui étaient par ailleurs tout à fait conformes à la Constitution et à la Charte canadienne des droits et libertés¹¹². Il est d'ailleurs frappant que dans la première affaire, la société par actions ait choisi d'intenter sa poursuite alors que la loi était en train d'être débattue devant le Parlement canadien et que son adoption n'était pas encore finalisée. Il ne peut pas y avoir de tentative plus évidente d'interférer avec le processus législatif.

Dans la troisième affaire, *Pope & Talbot*, le Canada n'a pas perdu sur une question environnementale mais il a été sanctionné pour avoir demandé à l'investisseur étranger de mettre certains documents à sa disposition en territoire canadien plutôt qu'américain (0.5 million)¹¹³; ceci n'est pourtant pas inhabituel dans le cadre de certaines transactions commerciales internationales.

Dans l'affaire *UPS*, où la multinationale américaine se plaignait que les activités de Postes Canada lui portaient ombrage, le tribunal a enfin donné raison pour la première fois au Canada et a rejeté la plainte en entier, après une longue bataille juridique qui a coûté des milliers de dollars aux contribuables canadiens¹¹⁴.

L'affaire *Chemtura* était, comme les affaires *Ethyl Corporation* et *SD Myers*, une affaire environnementale: une multinationale américaine y poursuivait le gouvernement canadien pour avoir banni l'utilisation d'un pesticide sur les récoltes, parce que cela lui faisait perdre de l'argent¹¹⁵. La bataille juridique a duré neuf ans. La plainte a été rejetée et il faut souligner que le jugement du tribunal d'arbitrage contient plusieurs éléments très encourageants au niveau

¹¹² S'il ne l'avait pas fait, il aurait été passible de dommages-intérêts sur une base continue, aussi longtemps que la loi restait en vigueur dans l'affaire *Ethyl Corporation*, et aussi longtemps que les États-Unis n'avaient pas fermé la frontière dans l'affaire *SD Myers*.

Il faut aussi souligner que cette dernière affaire a aussi eu pour conséquence une poursuite intentée en droit interne par une société par actions canadienne qui considérait avoir perdu de l'argent en ne pouvant pas faire traiter ses PCBs aux États-Unis parce que la soumission que *SD Myers* lui avait fait était moins dispendieuse que celle de ses rivaux canadiens. Cette société par actions a allégué que comme la Cour fédérale avait reconnu que la Ministre de l'environnement avait agi en contravention du chapitre 11 de l'ALÉNA, la Ministre était coupable d'un « misfeasance in public office », voir *Fielding Chemical Technologies Inc. v. AG Canada*, (2007) CarswellOnt 3263 (Ont.SC), par.10. L'affaire ne semble pas avoir été entendue au mérite (du moins, pas encore) car il y a eu une objection procédurale sur la juridiction (La Couronne argumentait que seule la Cour fédérale avait juridiction entendre la poursuite) qui est montée jusqu'en Cour suprême du Canada, de concert avec d'autres affaires ne concernant pas le chapitre 11 de l'ALÉNA (voir *Mc Arthur vs Canada AG*, (2008) 303 DLR 4th 626 (Ont. CAQ et *Canada AG v. McArthur*, (2010) SCC 63 (SCC)). Toutefois, la Cour d'appel en 2008 et la Cour suprême du Canada en 2010 ont rejeté l'objection relative à la juridiction et ont confirmé que la Cour fédérale n'avait pas juridiction exclusive. S'il devait s'avérer, dans cette affaire ou dans une autre, que le Canada peut se retrouver obligé de compenser une entreprise locale en raison d'une contravention au chapitre 11 de l'ALÉNA, alors que le Canada n'aurait normalement pas pu être poursuivi par cette entreprise locale, ceci se trouverait à décupler l'impact dudit chapitre d'une manière qui n'était pas non plus anticipée par les parties à l'accord. Et normalement, ça ne devrait pas être le cas. Il serait tout à fait anormal que le Canada puisse être poursuivi par une entreprise interne par contrecoup de l'ALÉNA si le recours n'aurait pas existé en l'absence de ce traité, puisque ce dernier n'a jamais eu pour but de créer de tels recours pour les entreprises locales.

¹¹³ *Pope & Talbot c. Canada*, Award on the Merits of Phase 2, arbitral tribunal, 10 avril 2001, p.80-81, p.85 et 92.

¹¹⁴ *UPS c. Canada*, Merits Award, 24 mai 2007, site web du Canada, note 89.

¹¹⁵ *Chemtura Corp. c. Canada*, Arbitral Award, 2 août 2010, et Redacted Memorial of Complainant (public version), executive summary, 2 juin 2008, site web du Canada, note 89.

de la latitude de l'État d'agir dans l'intérêt public¹¹⁶. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que les tribunaux d'arbitrage institués en vertu de l'ALÉNA ne sont pas liés par la règle du précédent, ce qui signifie qu'il n'y a pas de garantie que le raisonnement de ce tribunal est celui qui va prévaloir dans le futur.

L'affaire DowAgrosciences était aussi une affaire environnementale et elle concernait également les pesticides, mais dans les jardins cette fois. DowAgrosciences réclamait une indemnité au Canada parce que le Québec avait banni l'utilisation d'un des pesticides qu'elle vendait dans les jardins en ville et cela lui faisait perdre de l'argent, étant donné qu'elle ne pouvait plus vendre ses produits à cette fin¹¹⁷. L'Ontario et le Nouveau-Brunswick avaient eux aussi adopté une telle législation après que cette poursuite ait été intentée, se montrant ainsi solidaire avec le Québec¹¹⁸. L'affaire DowAgrosciences a soulevé un tollé dans l'opinion publique, notamment parce que la Cour suprême du Canada elle-même avait déjà reconnu par le passé qu'une ville peut limiter l'utilisation de pesticides sur son territoire sur la base du principe de précaution dans l'affaire de la Ville de Hudson¹¹⁹. L'entreprise locale avait dû, dans cette affaire, s'incliner devant le droit des autorités démocratiquement élues de légiférer pour le bien public. En toute logique, le même principe était bien sûr applicable à une province comme le Québec, l'Ontario ou le Nouveau-Brunswick, légiférant pour l'ensemble des villes sur son territoire. Au niveau pratique, la poursuite de DowAgrosciences constituait donc une attaque déguisée sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire Ville de Hudson, laquelle était rendue possible grâce au chapitre 11 de l'ALÉNA. DowAgrosciences essayait en effet essentiellement contourner le droit interne canadien et d'en paralyser les effets (notamment ceux de l'adoption du principe de précaution dans la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Hudson) grâce au chapitre 11 de l'ALÉNA. La multinationale a réglé sa poursuite hors-cour quelques mois après que le tribunal d'arbitrage ait rendu sa décision

¹¹⁶ En ce qui a trait à l'article 1110 de l'ALÉNA (mesure équivalant à une expropriation), le tribunal a notamment conclu que le test applicable était p. 77 « a substantial deprivation of the Claimant's investment » et il a considéré que c'était l'entreprise au complet qui constituait l'investissement et non seulement le produit chimique que le Canada interdisait. Comme ce produit chimique représentait moins de 10% des ventes de l'entreprise, le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas de « substantial deprivation », voir p. 78 : « **the sales from lindane products were a relatively small part of the overall sales of Chemtura Canada at all relevant times** ». **Under these circumstances, the interference of Respondent with the Claimant's investment cannot be deemed substantial.** ». L'approche du tribunal est intéressante parce que dans la mesure où c'est l'entreprise au complet qui est prise comme point de référence pour le test du « substantial deprivation » et non uniquement la mesure contestée, cela devrait avoir pour effet de réduire le nombre de cas dans lesquels on peut arriver à la conclusion qu'il y a eu une expropriation. De plus, à la fois dans sa discussion relative à l'article 1110, le tribunal introduit une exception ayant pour effet de dégager l'État de toute responsabilité p. 78 : « **the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation** ».

¹¹⁷ *Dow Chemicals c. Canada*, Notice of intent to submit a claim to arbitration, 25 août 2008 et Notice of arbitration, 31 mars 2009, site web du Canada, note 89.

¹¹⁸ La loi ontarienne est entrée en vigueur en avril 2009, voir le site web du Ministère de l'environnement de l'Ontario, situé au <http://www.ene.gov.on.ca/en/land/pesticides/> (capsule d'information intitulée « Pesticide legislation »). Celle du Nouveau-Brunswick a été annoncée en juin 2009, voir le site web du gouvernement du Nouveau-Brunswick, situé au <http://www.gnb.ca/cnb/news/env/2009e0865ev.htm> (communiqué de presse du 18 juin 2009 intitulé « Province introduces lawn care pesticides ban »), et est entrée en vigueur le 16 décembre 2009 (New Brunswick Royal Gazette, 16 décembre 2009, p.2016).

¹¹⁹ *114950 Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Ville de Hudson*, (2001) 2 R.C.S. 241

dans l'affaire Chemtura¹²⁰. Fort heureusement, le Canada n'a pas eu de dommages-intérêts à payer suivant les termes de ce règlement hors-cour.

Dans l'affaire Abitibi Bowater, le Canada a toutefois payé 130 millions de dollars pour régler hors-cour une poursuite de plus d'un demi-milliard de dollars. AbitibiBowater s'est plainte d'avoir été expropriée par la province de Terre-Neuve¹²¹. Compte tenu du texte de l'article 1110 du chapitre 11 de l'ALÉNA, il n'est pas surprenant que le gouvernement canadien ait choisi de régler hors cour.

Certains commentateurs ne manqueront sans doute pas de souligner que c'est exactement le type de comportement gouvernemental abusif que des dispositions comme celles du chapitre 11 de l'ALÉNA visent à prévenir. Mais auront-ils vraiment raison ? D'un point de vue démocratique, est-ce une bonne chose que le chapitre 11 de l'ALÉNA ait eue pour effet de faire payer des millions de dollars en dommages-intérêts par les contribuables canadiens dans le cas de l'expropriation des actifs d'Abitibi Bowater?

En réalité, ce n'est pas nécessairement évident quand on considère l'historique de la relation entre Terre-Neuve et Abitibi Bowater. On constate en effet que la société par actions s'est fait octroyer, à l'époque où le Canada était encore considéré comme une colonie de l'Angleterre, des droits qui peuvent sembler démesurés à notre époque. Jugez-en vous-mêmes : le « Charter Lease » octroyé à Abitibi en 1912 avait un terme de 99 ans mais était perpétuellement renouvelable à l'option d'Abitibi, sans aucun ajustement du loyer semble-t-il¹²², ce qui reviendrait à créer un contrat éternel, plafonné pour toujours au loyer de 1912. D'autres droits acquis par Abitibi, souvent de tiers, peuvent aussi sembler excessifs de nos jours. À titre d'exemple, le « Bishop Fall's Deed », payé 2.5 millions de dollars en 1907, incluait le « Bishop Fall Waterpower Lease », qui conférait des droits sur l'eau pour 999 ans – soit un millénaire¹²³. De même, les droits octroyés par la « 1907 Lease » sur des terres et le « Badger Brook Grant » sur l'eau l'étaient aussi pour 999 ans, donc pratiquement un millénaire¹²⁴.

Les avocats d'Abitibi ont beaucoup insisté dans leur poursuite sur le fait que leur cliente avait fait certains investissements importants dans la province¹²⁵, ce qui est sans doute exact, mais ils n'ont pas traité des revenus qu'elle a retiré de son exploitation des ressources naturelles provinciales ainsi obtenues à un prix qui est bien en deçà de ce que cela vaut réellement aujourd'hui. Il est bien possible que ces revenus aient largement excédé les investissements effectués.

¹²⁰ Voir le *Settlement Agreement* du 25 mai 2011 sur le site web du Canada, préc., note 89.

¹²¹ 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.

¹²² Notice of Arbitration, 25 février 2010, par. 23, 26 et 32 (sur le site web du Canada, voir la note 89).

¹²³ Notice of Arbitration, 25 février 2010, par. 31 (sur le site web du Canada, voir la note 89).

¹²⁴ Notice of Arbitration, 25 février 2010, par. 31 (sur le site web du Canada, voir la note 89).

¹²⁵ Notice of Arbitration, 25 février 2010, par. 23 à 40 (sur le site web du Canada, voir la note 89)

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. Il demeure cependant permis de se demander s'il est vraiment équitable de prévoir automatiquement, comme le chapitre 11 de l'ALÉNA le fait, une compensation à la juste valeur marchande dans tous les cas d'expropriation, indépendamment de ce que l'investisseur a vraiment dépensé pour obtenir des droits, des revenus qu'il a réalisés et de l'intérêt public¹²⁶.

Ceci conclut notre tour d'horizon des décisions rendues contre le Canada ainsi que des règlements hors-cour qu'il a conclus à ce jour.

Par ailleurs, comme nous l'avons déjà mentionné, le Canada n'est pas au bout de ses peines : plusieurs autres poursuites sont encore pendantes contre lui et remettent en question ses lois, ses pratiques et autres mesures, notamment en matière environnementale. Ainsi, dans l'affaire Clayton/Bilcon, une multinationale américaine conteste le processus d'évaluation environnemental prévu par la législation canadienne pour son projet d'entreprise, bien qu'il soit applicable tant aux entreprises locales qu'aux investisseurs étrangers. Dans l'affaire Mobil Investments Canada et Murphy Oil Corp., c'est la législation environnementale encadrant les projets pétroliers à Terre-Neuve et au Labrador qui est en jeu. Dans l'affaire Mesa Power Group LLC, c'est le Green Energy and Green Economy Act de l'Ontario qui est au cœur du litige. Dans l'affaire VG Gallo, c'est une annulation de permis environnementaux relatifs à l'utilisation d'une mine comme site d'enfouissement de déchets¹²⁷.

Bref, il est clair que le chapitre 11 de l'ALÉNA est utilisé par les multinationales américaines afin de remettre en cause des lois canadiennes ou leur application pour leur profit personnel. Elles font appel au chapitre 11 quand le droit interne canadien, qui est par ailleurs applicable à tout le monde, ne leur permet pas d'obtenir ce qu'elles veulent.

¹²⁶ L'article 1110 alinéa 1(a) de l'ALÉNA prévoit en effet que la compensation est due même quand elle est effectuée dans l'intérêt public, et l'article 1110 alinéa 2 de l'ALÉNA précise que « 2. L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu («date d'expropriation»), et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon que de besoin. ».

¹²⁷ Voir chacune de ces affaires et les documents juridiques qui y sont relatifs sur site web du Canada, note 89.

Le chapitre 11 de l'ALÉNA a donc eu plusieurs effets imprévus et non désirés pour le Canada, et ce sont des effets secondaires importants : il a été poursuivi alors que ce n'était pas prévu que ce serait le cas ; il a dû abroger deux lois environnementales ; il a payé des millions de dollars en dommages-intérêts à des multinationales américaines ; il est l'État le plus poursuivi actuellement en vertu de ce chapitre, pour un montant total de plus de quatre milliards de dollars, et ses propres entreprises n'ont en vingt ans pas obtenu un sou en vertu de ce chapitre. De plus, les poursuites remettent en question ses lois, ses mesures administratives et autres, même quand elles sont tout à fait conforme à la Constitution.

Conclusion

Quand on évalue le chapitre 11 de l'ALÉNA à l'aune de l'effet désiré, des effets secondaires et de leur importance relative, la conclusion s'impose d'elle-même. Ce chapitre n'a pas l'effet désiré et il a plusieurs effets secondaires graves indésirés. Il ne devrait pas être conservé et encore moins reproduit dans d'autres traités économiques internationaux, comme l'Accord économique global qui est en train d'être négocié avec l'Union européenne.

Il y a quelques années, le Conseil des Canadiens a intenté une poursuite afin de faire déclarer le chapitre 11 de l'ALÉNA inconstitutionnel pour non-respect du partage des compétences et de la démocratie ; la Cour supérieure de l'Ontario a cependant jugé que les Canadiens ne bénéficient pas de la protection de la Constitution à l'égard du chapitre 11 de l'ALÉNA parce que même si ce dernier lie le Canada, il ne fait pas partie du droit canadien¹²⁸. Selon cette décision, le chapitre 11 de l'ALÉNA est positionné au-dessus de tout l'édifice délicat du partage des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire érigé par notre Constitution¹²⁹, qui inclut des principes fondamentaux tels la primauté du droit, la démocratie et la protection des minorités de même qu'une Charte des droits et libertés protégeant les droits fondamentaux de toute la population, ce qui n'est pas le cas de ce traité commercial qu'est l'ALÉNA¹³⁰.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision pour des motifs légèrement différents : elle s'est laissée une porte de sortie pour l'avenir en indiquant qu'on pouvait se demander si même dans le cas où un traité n'était pas incorporé dans le droit canadien, la Constitution pouvait quand même s'y appliquer dans certains cas, et elle a décidé de laisser cette question ouverte sans y répondre¹³¹. Elle a par ailleurs déclaré que si la Constitution avait été applicable au chapitre 11 de l'ALÉNA, celui-ci n'aurait pas de par sa simple existence contrevenu à la primauté du droit ou enfreint les principes de justice fondamentaux de l'article 7 et le principe d'égalité de la Charte canadienne des droits et libertés. La Cour d'appel

¹²⁸ *Council of Canadians v. Canada (Attorney-General)*, (2005) CarswellOnt 2973, Ont SCJ, décision du 8 juillet 2005, docket 01-CV-208141, par.37 et par.44. L'accord a en effet été approuvé par le Parlement canadien mais non intégré dans le droit interne.

¹²⁹ Ibid; voir aussi J. ATIK, préc., note 10, p.137.

¹³⁰ Voir entre autres J.E. ALVAREZ, préc., note 10, p.xxxii.

¹³¹ *Council of Canadians v. Canada (Attorney-General)*, 217 OAC 316, 277 DLR (4th) 527 (Ont. CA, décision du 30 novembre 2006, docket C43995) (permission d'en appeler à la CSC refusée, 2007 CarswellOnt 4945 et 4946, 26 juillet 2007).

semblait d'avis qu'il fallait examiner chaque affaire au cas par cas plutôt que le chapitre 11 de l'ALÉNA dans son ensemble¹³².

Avec respect, il est essentiel que le chapitre 11 de l'ALÉNA et les traités économiques internationaux qui contiennent le même genre de dispositions puissent être remis en question.

Le Canada est un État de droit, où un système de justice parallèle pour les investisseurs étrangers n'est pas nécessaire. Ils ne sont pas des parties plus vulnérables que la population ou que les entreprises locales, exigeant une protection spéciale. Ils devraient être tenus de respecter la loi et les autres mesures applicables comme tout le monde ; on ne devrait pas avoir à les payer pour cela.

Il est également très problématique de placer de simples traités économiques internationaux au-dessus de la Constitution et de la démocratie, car ces dernières :

- sont des systèmes multi-valeurs et non économiques
- qui protègent tout le monde et non seulement une catégorie d'acteurs
- et ce sont les meilleurs que l'on connaisse.

Ce sont des systèmes qui valent la peine d'être protégés.

Le précédent établi par le chapitre 11 de l'ALÉNA et les autres traités économiques internationaux qui contiennent le même genre de dispositions est particulièrement problématique en raison du fait qu'il permet de contourner à toutes fins pratiques les institutions démocratiques mais sans trop en avoir l'air. Il pourrait éventuellement mener à l'édification de tout un ordre supra-constitutionnel, hors d'atteinte des citoyens ordinaires, à partir duquel les multinationales auraient la possibilité dans une certaine mesure de dicter aux gouvernements des pays développés des choix législatifs et des politiques qui leur conviendraient, ce qu'elles font déjà dans plusieurs pays en voie de développement. N'oublions pas en effet que le chapitre 11 de l'ALÉNA a servi de modèle dans les négociations relatives à la ZLEA, à l'AMI, et à plusieurs traités bilatéraux sur l'investissement.

À cet égard, l'histoire de Rome contient une leçon très instructive pour nous. En effet, Rome a d'abord été une République, qui comportait certains éléments démocratiques : elle avait des assemblées législatives et un système électoral pour les principaux magistrats de la cité (notamment les consuls, qui étaient une sorte d'équivalent antique de nos premiers ministres). Cette République a duré cinq cent ans, de 529 à 27 av. JC, soit aussi longtemps que l'Empire romain d'Occident. Les Pères fondateurs des États-Unis se sont d'ailleurs inspiré de cette République pour élaborer le système de « checks-and-balances » (poids en contrepoids) caractéristique du gouvernement américain. Toutefois, après cinq cent ans, la République romaine a pris fin ; les assemblées législatives et le système électoral ont disparu ; et le tout a été remplacée par la tyrannie de l'Empire romain.

¹³² Il y a aussi eu une contestation constitutionnelle du chapitre 11 de l'ALÉNA aux États-Unis qui a également échoué (elle semble être passée plutôt inaperçue dans la littérature, peut-être parce qu'elle n'apparaît sur le site web des États-Unis). Il s'agit de l'affaire *Made in the U.S.A. Foundation, United Steelworkers of America and al. vs United States*, (1999) 56 F.Supp. 2d 1226 (US District Court, ND Alabama).

Ce qui est intéressant pour nos fins, c'est la manière dont Auguste, le premier empereur, s'y est pris afin de se débarrasser de certains éléments plus démocratiques de l'époque républicaine, qui ne convenaient pas à son style de gestion dictatorial. Il n'a pas du jour au lendemain aboli les assemblées législatives et le système électoral. En agissant de la sorte, il aurait en effet provoqué une levée de boucliers, car la population romaine était attachée à ces institutions qu'elle avait lutté pour établir. Auguste laissa plutôt toutes les institutions démocratiques en place tout en s'organisant tout simplement pour les contourner et les vider de leur sens. Patiemment, il en sapa l'efficacité en catimini, jusqu'à ce qu'au bout de quelques décennies, elles aient perdu toute pertinence. Alors seulement, on leur porta le coup de grâce.

Cette histoire est pertinente pour l'époque moderne, parce que démocratie un jour n'est pas démocratie toujours, et que même si ce n'était pas l'intention des États au départ que le chapitre 11 de l'ALÉNA serve à saper les institutions démocratiques, et cela ne doit pas nous empêcher de constater que d'un point de vue pratique, c'est d'une certaine manière l'effet que ce chapitre est en train d'avoir.

Il n'est pas nécessaire d'imputer des motifs retors aux États qui l'ont négocié ou aux multinationales pour en arriver à cette conclusion. Il est tout à fait probable que ce ne sont pas eux mais bien les avocats des multinationales qui ont d'abord saisi l'utilité que ce chapitre pouvait avoir pour elles. Il est également tout à fait probable que le gouvernement canadien, qui continue d'insérer des dispositions semblables à celles du chapitre 11 de l'ALÉNA dans les nouveaux traités qu'il négocie, tout en modifiant la formulation de certaines d'entre elles pour essayer d'en mitiger l'effet, est de bonne foi.

En effet, si on considérait uniquement le montant des investissements étrangers reçus par le Canada par rapport au montant total que le Canada a payé dans le cadre de poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, il faudrait conclure que ces quelques poursuites ne sont pas un problème et que c'est tout à fait rentable pour le Canada d'accepter ce montant. Il y a fort à parier que le gouvernement canadien considère les choses, de bonne foi, au moins partiellement dans cette optique.

Toutefois, avec respect, ce n'est pas à ce niveau que la véritable analyse doit être effectuée, car d'une part, nous avons déjà vu qu'il n'existe pas de preuve scientifique que les investissements sont causés par les traités, et d'autre part, le fait que le chapitre 11 de l'ALÉNA restreigne la capacité du Canada de légiférer comme il l'entend pour le bien de la population, incluant relativement à des questions sociales, environnementales et autres, est un problème qui n'est pas strictement économique mais aussi social et politique. On ne peut donc pas en disposer uniquement en faisant référence à des avantages économiques.

En pratique, il faut reconnaître que le chapitre 11 de l'ALÉNA n'a pas eu les effets désirés et qu'il a eu plusieurs effets imprévus et partant, non désirés. Ceux qui font la promotion de l'insertion de ce type de dispositions dans les traités sur les investissements les considèrent sans doute comme peu importants. Toutefois, plusieurs commentateurs sont d'opinion contraire. À mon avis, compte tenu du fait qu'il n'y a pas de preuve que le chapitre 11 de l'ALÉNA a eu l'effet désiré et qu'il est au contraire établi qu'il a eu plusieurs effets indésirés, et que ces effets sont importants, il y a lieu de réfléchir à la position dans laquelle le Canada

se trouve et de chercher des portes de sortie. Elles ne sont pas évidentes à trouver parce que tel que mentionné en introduction, un État ne peut pas s'y soustraire unilatéralement. Il faut qu'il négocie le retrait, la modification ou une exemption aux dispositions qui l'incommodent avec les autres États. L'idéal serait un retrait complet du chapitre 11 de l'ALÉNA, puisque, de toute façon, le Mexique ne fait plus l'objet d'aucune poursuite depuis plusieurs années, il semblerait que la raison d'être originale du chapitre n'est plus applicable. Ce chapitre n'est pas indispensable au libre-échange entre les trois États et son absence n'empêchera pas les investissements d'avoir lieu. De plus, à défaut de pouvoir immédiatement se soustraire à ce chapitre, le Canada pourrait au moins éviter de reproduire des dispositions semblables dans les autres traités économiques internationaux qu'il est en train de signer. Toutefois, il faut une volonté politique pour changer les choses et il se peut donc que nous subissions encore longtemps l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA. Dans cette optique, il ne faut pas s'y tromper : la manière dont les tribunaux vont l'interpréter est d'une importance capitale pour la démocratie canadienne et le bien-être de la population.