

**LES DANGERS POUR LE QUÉBEC D'UN ACCORD SUR LES
INVESTISSEMENTS DANS LA ZLÉA COPIÉ SUR LE
CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA.**

Par:

Rémi Bachand

Étudiant, programme de maîtrise en droit international, UQÀM
Chercheur, Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC)

Mémoire présenté à la Commission sur les institutions de l'Assemblée
nationale

le 5 septembre 2000

RÉSUMÉ

Tout porte à croire que l'accord qui sera inclus dans la *ZLÉA* (si celle-ci voit le jour) concernant les investissements ressemblera au chapitre 11 de l'*ALÉNA*, chapitre qui avait aussi servi de modèle lors des vaines négociations de l'AMI, accord mort-né qui a fait couler beaucoup d'ancre en 1998 on s'en souvient.

Or, l'étude approfondie de ce chapitre (et d'autres accords bilatéraux d'investissements qui lui ressemblent énormément) ainsi que celle des différentes poursuites qui sont actuellement menées par des investisseurs étrangers contre les gouvernements parties à l'accord en vertu du mode de règlement des différends inséré dans ce chapitre nous démontrent les effets pernicieux de tels accords.

D'abord, il semble clair que l'objectif principal de ceux-ci est d'obliger les États à prendre en considération, plus que toutes autres choses, la maximisation des profits des investisseurs étrangers. Ce phénomène est rendu possible par les différentes clauses concernant le traitement qui doit être accordé à ces investisseurs, par la transformation récente du concept de «mesures de dépossession» (expropriations et nationalisations), et par les nouveaux mécanismes de règlement des différends.

Dans un second temps, nous pouvons remarquer, notamment en vertu des clauses concernant les transferts de capitaux et de l'extension du concept même d'investissements, que ces accords favorisent l'individualisation des profits et la socialisation des contre-chocs, contre-chocs qui pourraient éventuellement être semblables à ceux dont on a pu évaluer l'impact lors des récentes crises financières en Asie et au Mexique.

Finalement, de tels accords exercent une forte pression sur les États afin que ceux-ci abandonnent complètement au capital privé (souvent international) toute stratégie éventuelle de développement.

NOTE

Je considère important de souligner dès le départ que ce mémoire a été en grande partie tiré d'un mémoire qui sera présenté au cours des prochaines semaines comme exigence partielle du programme de maîtrise en droit international à l'Université du Québec à Montréal. Ce mémoire sera intitulé: «Droit de l'investissement dans les Amériques: Débats en enjeux Nord-Sud».

Je tiens également à souligner que si la Commission tenait à me recevoir en audition, je ne serai disponible qu'à partir du 16 octobre à cause d'un séjour à l'étranger.

Rémi Bachand,
3505 Frontenac, #6,
Montréal, H2K 3A4,
(514) 524-6137

Introduction.

C'est en décembre 1994 lors du sommet des Amériques qui s'est tenu à Miami qu'ont été lancées les négociations en vue de former la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA). À ce moment, la déclaration de principes évoquait des objectifs «humanitaires» et «démocratiques». Entre autres, on souhaitait grâce à cette zone de libre-échange, promouvoir le maintien et le renforcement des démocraties. Toutefois, l'importance qu'a pris, au dépend des autres acteurs, le *Forum des gens d'affaire des Amériques* dans le processus de négociation permet d'affirmer que l'objectif principal, le moteur de cette intégration continentale, est plutôt inscrit dans un autre des principes qui demande la promotion de la prospérité *par le biais de l'intégration économique et du libre-échange*. À cet effet, le texte fait mention, sous cette rubrique, du postulat néo-libéral selon lequel «[l]es échanges commerciaux sans barrières, ni subventions, ni pratiques déloyales, appuyés par un flux croissant d'investissements productifs, constituent une des clefs de voute de la prospérité»¹.

Une des revendications majeures de ce *Forum des gens d'affaires des Amériques* concerne les investissements. Car, après avoir grandement atteint leurs objectifs de libéralisation des marchés pour leurs capitaux, les grands investisseurs sont maintenant bien soucieux de se voir reconnaître une plus grande protection et un meilleur traitement pour ceux-ci. En Amérique, cet objectif a déjà commencé à se concrétiser par le biais de plusieurs traités bilatéraux d'investissement (TBI), également appelés traités de promotion et de protection des investissements. Le chapitre 11 de l'*ALÉNA* sur les investissements représente également, pour les investisseurs Américains, Canadiens et Mexicains, une avancée exceptionnelle à ce sujet. Afin de prévoir ce que pourrait contenir un prochain accord à ce sujet à l'intérieur de la ZLÉA, l'étude de ces accords (et surtout du chapitre 11 de l'*ALÉNA*) doit être faite minutieusement car *tout porte à croire que les négociateurs Américains tenteront de les prendre comme modèle pour celui-ci*; à preuve, le texte du projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement*² négocié en vain à l'OCDE reprenait de larges pans de ce chapitre 11, au point d'y ressembler comme un jumeau. C'est donc l'étude de ces différents traités, et

¹ Organisation des États américains, *Sommet des Amériques: Déclaration de principe*, en ligne: <<http://www.sice.oas.org/ftaa/miami/sadopf.stm>> (date d'accès: 21 septembre 1999) (1994).

² *Projet d'Accord multilatéral sur l'investissement: textes et commentaires consolidés*, 1997, en ligne: Dossiers du Monde Diplomatique <<http://www.monde-diplomatique.fr/dossiers/ami>> (date d'accès: 14 mai 1999).

principalement celle du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, qu'il y aura lieu d'étudier dans ce mémoire afin de prévoir les coûts sociaux, économiques et démocratiques de tels accords.

Ce mémoire sera divisé en quatre parties. Nous évoquerons d'abord quelques questions sur la définition même des investissements à l'intérieur de ces accords, nous nous pencherons ensuite successivement sur le traitement et la protection de ceux-ci avant de terminer avec quelques réflexions sur les modes de règlement des différends.

1- La portée de l'application des accords et la définition des investisseurs/investissements.

Les grands investisseurs internationaux ont, dès le début du processus de négociation de ces accords, tenté d'obtenir une définition du concept d'investissement qui ne comprendrait pas seulement les investissements directs, mais aussi des droits plus intangibles tels que les droits de propriété intellectuelle, les créances et prêts, les investissements de portefeuille ne donnant pas un droit de contrôle sur l'entreprise, ou même la clientèle (l'achalandage) par exemple³.

Or, une étude des différents accords (autant les TBI, que l'*ALÉNA* ou l'*AMI*) nous démontre justement que la définition de l'investissement est assez large pour couvrir l'ensemble de ces types d'investissements⁴. L'*ALÉNA* par exemple, prévoit une définition de l'investissement qui comprend autant une entreprise, qu'un titre de créance, qu'un avoir donnant le droit à son titulaire de recevoir une part des bénéfices ou des actifs lors de la dissolution de cette entreprise par exemple. Même s'il

³ E.M. Burt, «Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organisation» (1997) 12 *Am. U. J. Int'l L & Pol'y* 1015 à la page 1042.

⁴ Voir pour des exemples de TBI: *Accords entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproque des investissements*, 29 janvier 1996, R.T. Can 1997 no 25 (entrée en vigueur: 6 juin 1997), art 1 (g); ou *Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Panama Concerning the Treatment and Protection of Investment*, 27 octobre 1982, (en ligne): Organization of American States <<http://www.oas.org/bits/panusatc.stm>> (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 30 mai 1991), art 1 (1); et *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994, no 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur: premier janvier 1994, art. 1139.

ne peut être interprété de façon extensive, son analyse fait dire à un observateur américain que «[p]ratiquement toutes les entités imaginables sont couvertes»⁵.

Le poursuite qu'intente la compagnie américaine S.D. Myers contre le Canada nous démontre bien l'ampleur que veulent donner certains investisseurs à la définition d'investissement. Cette poursuite concerne une mesure prise par le gouvernement canadien empêchant, conformément à ses obligations internationales⁶ dit-il, l'exportation de déchets de BPC vers les États-Unis. S.D. Myers, qui importait de tels déchets jusqu'à ses sites de décontamination situés aux États-Unis, demande donc une compensation au gouvernement canadien qui n'aurait pas respecté certaines de ses obligations relatives au chapitre 11⁷. En défense, le Canada prétend que S.D. Myers ne peut intenter une poursuite en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA parce qu'il ne possède pas d'investissement au Canada, qu'il n'y fait du commerce qu'en tant qu'importateur⁸. Cette poursuite illustre donc la tentative d'élargir le concept d'investisseur jusqu'au point où même un investisseur étranger, n'ayant pas d'investissements dans le pays concerné par la poursuite, pourra se prévaloir de ce qualificatif aux yeux du droit international. Une décision du tribunal arbitral ouvrirait ainsi la porte pour ces investisseurs internationaux à la possibilité de poursuivre un État étranger devant un tribunal arbitral international utilisant le droit international et ce, sans avoir à se faire représenter par leur propre État grâce à la protection diplomatique.

Sur l'extension du concept d'investissements, nous devons souligner un point. Du point de vue des hommes d'affaires de États parties au traité, l'extension à tous les types d'investissements de la protection qui était jadis exclusivement accordée aux investissements directs peut être avantageux dans certains cas. En effet, en plus de la protection et du traitement amélioré dont eux-mêmes profiteront lors de leur investissements à l'étranger, cette stabilité accrue doit, en théorie,

⁵ Voir D. A. Adair, «Investors' Rights: Evolutionary Process of Investment Treaties» (1999) 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 195 à la page 203 [notre traduction].

⁶ Obligations reliées à la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements trans-frontaliers de déchets dangereux et de leurs élimination*, 22 mars 1989, 28911 R.T.N.U. 57, R.T. Can. 1992 no 19 (entrée en vigueur: 5 mai 1992, entrée en vigueur au Canada: 26 novembre 1992).

⁷ *S.D. Myers v. Canada, Statement of Claim*, en ligne: Appleton et associés <<http://www.appletonlaw.com/cases/mclaim.pdf>> (date d'accès: 30 avril 2000).

⁸ *S.D. Myers v. Canada, Statement of defence*, en ligne: Appleton et associés <<http://www.appletonlae.com/cases/mdefense.pdf>> (date d'accès: 30 avril 2000).

attirer de nouveaux investisseurs qui n'auraient pas investis dans leur pays autrement. Or, ce nouvel afflux d'investissements de portefeuille, afflux qu'il est par ailleurs très difficile de quantifier, peut permettre à la bourgeoisie nationale de capitaliser ses entreprises grâce à une présence à la bourse. Cette capitalisation a, par contre, son revers. *Ces nouveaux investissements, souvent de nature strictement spéculative, sont beaucoup moins stables que les investissements directs traditionnels et peuvent être retirés beaucoup plus rapidement, avec tous les risques de crises financières que cette fuite de capitaux possibles implique*⁹. C'est, du moins, les enseignements que l'on peut retirer, par exemple, de la crise mexicaine de 1994. Il semble clair en effet que l'importance de la proportion des investissements de portefeuille au Mexique a, sinon provoqué, du moins été un facteur majeur dans cette crise à cause de la facilité que ces investissements ont eu à fuir quand la situation a commencé à dégénérer¹⁰. Or, si on ne peut nier que cette crise a été catastrophique pour la bourgeoisie mexicaine, elle a aussi été particulièrement ressentie par les couches populaires. *Nous assistons donc, d'une certaine façon, à une privatisation des bénéfices (la capitalisation des entreprises) et à une socialisation des contre-chocs*. Malgré une économie plus forte, le Canada (et *a fortiori*, un éventuel Québec souverain) pourrait bien, un jour ou l'autre, être également confronté à une telle situation.

Ces définitions «élargies», par ailleurs, n'ont de sens qu'en les analysant de façon parallèle aux normes de traitement et de protection qui doivent leur être accordées. Débutons, pour cette analyse, par les premières qui, comme nous le verrons, forcent les États à définir leur stratégie de développement principalement en fonction du capital privé international.

⁹ Voir sur ce point: M. Vallianatos, «De-Fanging the MAI» (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 713, aux pp. 715 et 716. Sur la crise asiatique, causée selon eux par la libéralisation des investissements, particulièrement des investissements spéculatifs, voir: M. Weisbrot, «Globalization for Whom?» (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 631, à la p.645; et J. Bhagwati, «The Capital Myth: The Difference Between Trade in Widgets and Dollars» (1998) 77 *Foreign Aff.* 7 à la p.8.

¹⁰ Sur la crise mexicaine, voir: G. Emiliano del Toro, «Foreign Direct Investment in Mexico and the 1994 Crisis: A Legal Perspective» (1997) 20 *Hous. J. Int'l L.* aux pp. 26 et suivantes et 73 et suivantes.

2- Le traitement des investissements.

À l'intérieur des différents traités se rapportant aux investissements, une des obligations des États à l'égard des investisseurs est le respect des normes minimales de traitement¹¹. Ces normes de traitement sont très difficiles à définir, les différents auteurs à tenter d'en cerner une définition étant eux-mêmes incapables de s'entendre sur ce sujet¹². On peut toutefois avoir une bonne idée de la définition qu'aimeraient donner les grands investisseurs internationaux à ce concept en étudiant les récentes poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. Un bon exemple de ce que ceux-ci considèrent comme étant les normes minimales de traitement est illustré par la poursuite qu'intente, en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, la compagnie canadienne Methanex au gouvernement américain. Dans ce cas, Methanex exige une indemnisation de 970 millions de dollars du gouvernement américain parce que la Californie¹³ a ordonné, suite aux éventuels dangers de ce produit sur l'environnement et la santé de la population que soulevaient certaines études universitaires¹⁴, que soit retiré l'additif MTBE de l'essence le plus tôt possible, mais en aucun cas après le 31 décembre 2002. Or, dans le processus d'interdiction de cet additif, Methanex considère qu'il n'a pas été traité conformément aux standards minimaux reconnus par le droit international. Selon elle, les mesures prises par la Californie: a) ne seraient pas basées sur des preuves scientifiques crédibles; b) échouent à prendre en

¹¹ Sur la concordance entre les différents accords à ce sujet, voir: D.R. Adair, *supra* note 5, à la p. 212.

¹² Voir à ce sujet: C. Leben, «L'évolution du droit international des investissements» dans Société française pour le droit international, *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociations à l'autre?*, Paris, éd. A. Pédone, 1999, 7 à la p.13; G.L. Sandrino, «The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective» *Vanderbilt J. Of Transnat'l L.* 259 à la p. 311; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 4e édition, Paris, LGDJ, 1998, à la p. 456; J.P. Lavie, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, à la p. 87; S.K.B. Assante, «Droit international et investissements», dans M. Bedjaoui (éd.), *Droit international: Bilan et perspective*, (tome 2), Paris, éd. A. Pédone, 1991, 711 aux pp. 713-714; et R. Bachand, *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA: quelles leçons en tirer?*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, cahier de recherche 00-13, août 2000.

¹³ C'est toujours le gouvernement fédéral qui est poursuivi, même si les faits reprochés sont imputables à une instance étatique inférieure.

¹⁴ Voir California Environmental Protection Agency, en ligne: «CAL/EPA Fact Sheet» <<http://www.calepa.ca.gov/publications/factsheets/1997/mtbefacts.htm>> (date d'accès: premier octobre 1999).

considération les intérêts de Methanex; et c) ont été prises sans que des mesures alternatives et moins préjudiciables aux intérêts de Methanex ne soit considérées¹⁵.

L'obligation des États de respecter certaines normes minimales de traitement tend à devenir, si on se fie aux récentes poursuites intentées en vertu de l'*ALÉNA*, l'argument à évoquer par les investisseurs qui n'ont pas reçu un traitement pleinement satisfaisant à leurs yeux, mais qui ne viole pas les autres obligations qui sont généralement mieux définies. Comme le fait remarquer Éric Pineault à propos de l'*AMI* qui, rappelons-le, ressemblait sur plusieurs points à l'*ALÉNA* et aux TBI qui, eux mêmes, serviront vraisemblablement de modèle à un accord sur les investissements dans la ZLÉA, la définition que veulent donner au traitement juste et équitable consiste en la concrétisation de «*l'obligation imposée aux États signataires de faire leur la finalité première des investisseurs, à savoir maximiser la rentabilité de leurs opérations*»¹⁶.

Les deux autres obligations majeures concernant le traitement à accorder aux investisseurs étrangers réfèrent au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée. Ceux-ci s'appliquent toujours après que l'investissement ait été établi. Plusieurs TBI et l'*ALÉNA* permettent toutefois qu'il le soit aussi lors de l'établissement de l'investissement, tout comme le prévoyait également l'*AMI*. Cette obligation de ne pas faire de discrimination envers les investisseurs étrangers lors de l'établissement des investisseurs n'est pas sans causer de remous. En effet, *l'application des clauses de traitement national et de nation la plus favorisée au moment de l'établissement de l'investissement empêchent par exemple les États de protéger une industrie naissante mais prometteuse contre la concurrence des firmes transnationales disposant souvent d'un capital beaucoup plus imposant*¹⁷. En se voyant empêchés d'offrir un traitement discriminatoire aux investisseurs étrangers lorsqu'ils jugent que de telles mesures pourrait s'avérer utiles pour le développement économique de leur bourgeoisie naissante, *ces pays se retrouvent ainsi face à une incapacité de définir souverainement leur politique en matière de développement*. C'est d'ailleurs,

¹⁵ Pour la position de Methanex, voir son site Web, en ligne: <<http://www.methanex.com>>.

¹⁶ É. Pineault, «L'*AMI*, constitution pour une économie globalisée? Un rappel des faits et une interprétation de leur signification sociale» dans M. Freitag et É. Pineault, dir., *Le monde enchaîné*, Montréal, éd. Nota bene, 1999, 35 à la p.70 [les italiques sont de nous].

¹⁷ Weisbrot fait remarquer que plusieurs des stratégies de développement adoptées jadis par les États en développement ne pourront plus être adoptées à cause de la règle du traitement national, malgré le succès de certaines d'entre elles: M. Weisbrot, *supra* note 9 à la p.643.

si on se fie aux récentes poursuites intentées en vertu du chapitre 11, clairement dans cette direction que les investisseurs internationaux veulent voir progresser le droit¹⁸.

Dans un autre ordre d'idées, un des moyens que prenaient traditionnellement les États d'accueil afin de profiter le plus possible d'un investissement étranger était de lier celui-ci à certaines obligations de résultats. Par l'entremise de celles-ci, cet État pouvait exiger que l'investisseur achète un certain pourcentage des matériaux dont il avait besoin pour la fabrication de son produit fini auprès d'investisseurs locaux; qu'il garantisse un certain plancher d'emplois; qu'il assure l'approvisionnement national de la marchandise produite par cet investisseur; ou, à l'inverse et afin d'assurer une certaine stabilité dans sa balance des paiements, qu'il exporte une certaine part de sa production¹⁹. Pour la plupart, ces mesures avaient comme objectif de favoriser le commerce à l'intérieur du pays, permettant, grâce à une intégration de la bourgeoisie nationale à la firme étrangère, une «compradorisation» de celle-ci. Cette augmentation du commerce avait l'avantage, pour les masses populaires, de créer des emplois²⁰ en stimulant l'économie locale.

Toutefois, et malgré le développement économique que ces mesures pouvaient créer dans le pays d'accueil, les investisseurs internationaux ne voyaient pas celles-ci d'un bon oeil. Elles les

¹⁸ Voir sur les différentes poursuites: (en ligne) Appleton & associates, <<http://www.appletonlaw.com/cases>> (date d'accès: 10 mars 2000); W. Stewart «Fuel deficiency» *Canadian Geographic* 119:4 (mai/juin 1999) 72; J. Larochelle, «Main basse sur la démocratie. À l'époque, les négociateurs américains voulaient un contrôle qui échappe à toute réglementation du gouvernement canadien» *Le Devoir [de Montréal]* 28 juin 1999 p. A-7; H. Mann et K. von Moltke, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-States Process on the Environment*, IISD, 1999, en ligne Institut international du développement durable <<http://www.iisd1.iisd.ca/TRADE/chapter11.htm>> (date d'accès: 10 mars 2000), à la page 66; Sur l'argumentation juridique de Pope & Talbot, voir (en ligne) *Pope & Talbot v. Government of Canada, Statement of Claim under Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement*, Appleton & Associates <<http://www.appletonlaw.com/cases/statementofclaim.pdf>> (date d'accès: 3 mai 2000).

¹⁹ Voir E.M. Burt, *supra* note 3 à la p.1025 pour une liste d'obligations de résultats et une brève explication pour chacune d'elles.

²⁰ Analysant cette question, Vallianatos fait remarquer que: «[l]es obligations de résultat sont un outil important de développement économique, autant pour les nations industrialisées que pour celles en développement. Elles sont le genre de politiques qui assure que les communautés bénéficient directement des investissements étrangers», M. Vallianatos, *supra* note 9 à la p.719, [notre traduction].

obligeaient à prendre en considération, au moment de la détermination de leur stratégie d'investissements, des facteurs non-économiques. Par exemple, en les obligeant à avoir un certain pourcentage de contenu national, les États d'accueil les forçaient à changer de fournisseurs et à s'approvisionner chez des commerçants locaux qui pouvaient coûter plus cher à cause d'une productivité moins élevée. L'abolition de ces obligations de résultat est donc devenue un des objectifs majeurs pour la bourgeoisie internationale lors des négociations d'accords sur les investissements et a effectivement été obtenue par l'entremise de l'article 1106 dans l'*ALÉNA*²¹.

Une autre clause importante en ce qui a trait au traitement des investissements incluse dans les différents traités d'investissement et dans l'*ALÉNA* concerne les transferts des capitaux. Ces clauses *empêchent les États d'intervenir sur les sorties de capitaux lorsqu'ils craignent qu'une sortie massive de ceux-ci puisse nuire, par exemple, à leur balance des paiements, à la santé de leurs institutions financières ou encore lorsque leur réserve de monnaies étrangères ne le permet tout simplement pas.* Lors de la récente crise financière en Asie, nous avons été à même de constater les difficultés que peut rencontrer un pays suite à une fuite massive de capitaux²² et des effets ressentis par la population. Permettre une libre circulation des capitaux en toutes circonstances revient à se démunir de tout moyen de défense contre d'éventuelles crises financières de ce genre

3- La protection des investissements.

La partie la plus effrayante de ces accords d'investissements est sûrement celle qui se rapporte à la protection des investissements, dans la mesure où l'objectif des investisseurs internationaux semble être de prendre possession à la fois des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire des États où ils établissent leurs investissements.

²¹ *ALÉNA*, *supra* note 4, art. 1106.

²² Voir à ce sujet: C. Baumgartner, «The Desmise of the Multilateral Agreement on Investment» [1998] *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 40 aux pages 44 et 45; et M. Weisbrot et N. Watkins «Recent Experience with International Financial Markets: Lessons for the Free Trade Area of the Americas» (1999) Preamble Center, en ligne: Preamble Center <<http://www.preamble.org/FTAA/ftaaper.htm>> (en ligne: 15 janvier 2000) .

a) La définition des mesures de dépossession (expropriations et nationalisations).

Les définitions se rapportant aux mesures de dépossession apparaissent, jusqu'à il y a environ cinq ans, assez claires. Pour la doctrine, il semblait bien que l'expropriation se référât au concept issu de la doctrine anglo-saxonne *taking of property* qui comporte deux éléments: 1- un acte de l'État; et 2- un *transfert de propriété*²³.

Ces définitions ont toutefois été bouleversées au cours des dernières années, principalement à cause de l'ajout des termes «directement ou indirectement» se rapportant aux expropriations, ainsi que de l'extension de celles-ci aux «mesures équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation» à l'intérieur des TBI et de l'ALÉNA. Grâce à ces termes, les mesures de dépossession ne sont plus seulement limitées aux prises de possession des biens de l'investisseur étranger, mais s'étendent désormais aux mesures les privant de la possibilité de faire des profits.

D'autre part, le cas Ethyl, qui a été précédemment évoqué, nous est également cher d'enseignement. Sachons que cette compagnie considérait que les mesures que le Canada a prises, c'est-à-dire empêcher le commerce inter-provincial de MMT, un additif nocif, étaient une expropriation parce qu'elles *l'empêchaient de faire du profit*. La poursuite que Metalclad intente contre le Mexique peut également être expliquée. Cette compagnie avait conclu une entente avec l'État mexicain de San Luis Potosi concernant l'utilisation d'un site de disposition de déchets. Toutefois, peu après que cette entente ait été conclue, une étude environnementale révélait que le site était situé au-dessus d'une nappe d'eau sous-terrainne importante et que la contamination de celle-ci pouvait éventuellement contaminer l'eau utilisée par la population locale. Face à un tel constat et devant les protestations importantes de la population locale, les dirigeants locaux ont reculé et ont annulé ce contrat avec Metalclad. Celle-ci, insatisfaite de ce revirement, a donc décidé de poursuivre le Mexique en évoquant le fait que le bris de contrat est équivalent à une expropriation²⁴. Metalclad, contrairement à Pope & Talbot par exemple, ne tente pas d'étendre la définition d'expropriation, mais essaie plutôt de capitaliser sur le terme «mesures équivalent à une expropriation». Retenons donc de

²³ J.P. Laviee, *supra* note 12, à la p.161.

²⁴ Voir sur cette poursuite: H. Mann et K. Von Moltke, *supra* note 28; Le Comité de la liberté canadienne, «Mai and the Metalclad Case» (en ligne) <<http://canadianliberty.bc.ca/relateinfo/metalclad.html>> (date d'accès: premier octobre 1999); Public Citizen, «Our Future Under the Multilateral Agreement on Investment» (en ligne) <<http://www.citizen.org/pctrade/nafta/cases/metalcla.htm>> (date d'accès: premier octobre 1999); et S. Ganguly, «The Investor-State Dispute Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health» (1999) 38 *Colum. J. Transnat'l L.* 113.

ces poursuites, comme de celle qui implique la compagnie américaine Pope & Talbot et le gouvernement canadien, que si les arguments des investisseurs est retenue, il s'agira de la confirmation de la thèse voulant que rien dans le comportement des États ne doit nuire à la possibilité des entreprises *étrangère* de faire du profit.

4- Les modes de règlement des différends.

Tout comme les différents TBI conclus par le Canada et les États-Unis avec des pays d'Amérique latine, l'ALÉNA offre un recours rapide aux tribunaux arbitraux internationaux. Un investisseur peut, dès qu'il croit que l'État où il a fait un investissement a manqué à ses obligations concernant le chapitre de l'accord relatif aux investissements et qu'il a subi des pertes à cause de ce manquement, et s'il renonce à demander des dommages-intérêts par d'autres recours comme un tribunal interne du pays partie au différend ou une autre procédure de règlement des différends, l'investisseur donc, peut demander la création d'un tribunal *ad hoc* pour régler ce différend.²⁵ Comme dans les traités signés par les États-Unis, le consentement de l'État est explicitement donné dans l'accord.²⁶

Une étude plus exhaustive de ces mécanismes²⁷ nous permet de constater que quelle que soit la formule, l'investisseur a toujours la possibilité d'internationaliser le différend *Il possède donc un avantage sur l'investisseur national qui, lui, n'a comme recours possible que les tribunaux internes.* C'est ce mode de règlement des différends qui permet aux investisseurs tels qu'Ethyl, Metalclad, Pope & Talbot, etc. de remettre aussi facilement l'existence de décisions prises par les politiques en vue de protéger, dans certains cas l'environnement, et dans d'autres cas, en vue de mettre en place différentes stratégies de développement à des niveaux local, provincial ou national.

²⁵ ALÉNA, *supra* note 4, art. 1121 (1) b).

²⁶ *Ibid*, art. 1121 (1).

²⁷ Voir à ce sujet: R. Bachand, *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements: l'ALÉNA comme modèle?*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, cahier de recherche 00-03, février 2000.

Conclusion.

Tout nous porte à croire que les Américains tenteront de prendre le fameux chapitre 11 de l'*ALÉNA* comme modèle lors des négociations pour un futur accord sur les investissements dans la *ZLÉA*, comme ils ont tenté de l'utiliser comme modèle lors des négociations de l'*AMI* à l'OCDE. Les événements relatifs à ce chapitre lors des dernières années nous démontrent les effets pernicioeux de tels accords.

Malgré les avantages que tireront les grands investisseurs québécois d'un tel processus, on doit se questionner sur les effets concrets pour l'ensemble de la population. D'un point de vue général, celle-ci risque de subir les contre-coups de la perte, pour ses gouvernements, de la possibilité d'intervenir sur plusieurs sujets afin de protéger ses citoyens ou afin d'assurer la viabilité de certains projets de développement, si de telles actions risquent de nuire au profits des investisseurs étrangers. Dans les cas où ils passeraient outre à ces exigences, ils seront obligés de verser de lourdes compensations à ces firmes étrangères, situation qui nous semble totalement inacceptable à une époque où les gouvernements refusent, faute de fonds, de réinvestir dans des services aussi essentiels que l'éducation, la santé ou les services sociaux. Parmi les autres effets d'un tel accord, nous avons également évoqué le déficit démocratique de la société québécoise, c'est-à-dire la remise entre les mains des investisseurs étrangers d'un grand nombre de décisions portant sur le développement économique et social du Québec, ainsi que le coût écologique dont l'ampleur commence à être évalué grâce aux poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

D.R. ADAIR, «Investors' Rights. Evolutionary Process of Investment Treaties» (1999) 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 195.

G. ABI-SAAD, «La souveraineté permanente sur les ressources naturelles», dans M. BEDJAOU, *Droit international: Bilan et perspective*, t.2, Paris, éd. A. Pédone, 1991, 639.

S.K.B. ASSANTE, «Droit international et investissements», dans M. BEDJAOU, *Droit international: Bilan et perspective*, t.2, Paris, éd. A. Pédone, 1991, 711.

R. BACHAND, *Les mécanismes de règlements des différends relatifs aux investissements: L'ALÉNA comme modèle?*, Montréal, GRIC, cahier de recherche 00-03, février 2000.

R. BACHAND, *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA: quelles leçons en tirer?*, Montréal, GRIC, cahier de recherche 00-13, août 2000.

J. BHAGWATI, «The Capital Myth: The Difference Between Trade in Widgets and Dollars» (1998) 77 *Foreign Aff.* 7

C. BAUMGARTNER, «The Demise of the Multilateral Agreement on Investment» [1998] *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 40.

E. M. BURT, «Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization» 12 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 1015.

C.N. CAMPONOVO, «Dispute Settlement and the OECD Multilateral Agreement on Investment» (1996) 1 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* 181.

S.J. CANNER, «The Multilateral Agreement on Investment» (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 657.

P. CIVELLO, «The TRIMs Agreement: A Fail Attempt at Investment Liberalisation» (1999) 8 *Minn. J. Global Trade* 97.

W. CRANE, «Corporation swallowing Nations: The OECD and The Multilateral Agreement on Investment» (1998) 9 *Colo. J. Int'l Envtl L. & Pol'y.* 429.

C.K. DALRYMPLE, «Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause» (1996) *Cornell Int'l L. J.* 161.

R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Économica, 1982.

C. DEBLOCK et D. BRUNELLE, Globalisation et nouveaux cadres normatifs: Le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement (1999) 1:1 *Géographie, économie, Société* 49.

R.G. DERDEN, «Arbitration of Expropriation Disputes between an Investor and the State under the North American Free Trade Agreement» (1995) 29:1 *J.W.T.* 117.

G.EMILIANO DEL TORO, «Foreign Direct Investment in Mexico and the 1994 Crisis: A Legal Perspective» (1997) 20 *Hous. J. Int'l L.* 1

P. FOUCHARD, «Où va l'arbitrage international?», (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 435.

M. FREITAG et É. PINEAULT (dir.), *Le monde enchaîné*, Québec, éd. Nota Bene, 1999.

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

F.J. GARCIA, «Decision Making and Dispute Resolution in the Free Trade Area of the Americas: An essay in Trade Governance» (1997) 18:2 *Mich. J. Int'l. L.* 357.

A. T. GUZMAN, «Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties» (1998) 38 *Va. J. Int'l L.* 639.

T. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Zürich, Études suisses de droit international, 1989.

L.L. HERMAN, «Sovereignty Revisited: Settlement of International Trade Disputes -Challenges to Sovereignty- A Canadian Perspective» (1998) 24 *Can.-U.S. L. J.* 121.

J.R. HOLBEIN et G. CARPENTIER «Trade Agreement and the Dispute Settlement Mechanism in the Western Hemisphere» (1993) 25 *Case W. Res. Int'l L.* 531.

P. JUILLARD, «Chronique de droit » (1985) 31 *A.F.D.I.* 711.

P. JUILLARD, «L'accord multilatéral sur l'investissement: un accord de troisième type?», dans Société française pour le droit international: *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociations à l'autre?*, Éd. A. Pédone, 1999, 47

B. KISHOIYAN, «The utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary Law» (1994) 14 *J. Int'l L. Bus.* 327.

J.P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985.

C. LEBEN, «L'évolution du droit international des investissements», dans Société française pour le droit international: *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociations à l'autre?*, Éd. A. Pédone, 1999.

J.D.M. LEW (dir.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.

H. MANN et K. VON MOLTKE, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-States Process on the Environment*, IISD, 1999, en ligne: Institut international du développement durable <<http://iisd1.iisd.ca/TRADE/chapter11.htm>> (date d'accès: 10 mars 2000).

K.L. OELSTROM, «A treaty for the Future: The Dispute Settlement Mechanism of the NAFTA» (1994) *25 Law & Pol'y Int'l Bus.* 783.

F. RIGAUX, «Les sociétés transnationales», dans M. BEDJAOUI (dir.), *Droit international: Bilan et perspectives*, Tome 1, Paris, éd. A. Pedone, 1991.

G.L. SANDRINO, «The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective» (1994) *Van. J. Transnat'l L.* 27:2 259.

I. SEIDLE-HOVENVELDERN, *International Economic Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989.

M. SORNARJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

M. SWERNACHUKS, «Liberalized Investment & Investor-State Suits: Threat to Governmental Power», Toronto, Canadian Environmental Law Association, 1999, à la p. 5.

C.O. TAYLOR, «Dispute Resolution as a Catalyst for Economic Integration and Agent for Deepening Integration: NAFTA and Mercosur?» (1997) *17 J. Int'l L. Bus.* 850.

S.J. TOOPE, *Mixed International Arbitration*, Cambridge, Grotius publications, 1990.

M. VALLIANATOS, «De-Fanging the MAI» (1998) *31 Cornell Int'l L. J.* 713.

K.J. VANDEVELDE «Investment Liberalisation and Economic Development The Role of Bilateral Treaties» (1998) *36 Colum. J. Transnat'l L.* 501.

B. VITANIY, «Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"» (1982) *RGDIP* 48.

M. WEISBROT, «Globalization for Whom?» (1998) *31 Cornell Int'l L. J.* 631.

M. WEISBROT et N. WATKINS «Recent Experience with International Financial Markets: Lessons for the Free Trade Area of the Americas» (1999) Preamble Center, en ligne: Preamble Center <<http://www.preamble.org/FTAA/ftapaper.htm>> (en ligne: 15 janvier 2000)