Le chapitre 11 de l'ALÉNA et l'environnement

Document d'information à l'intention du Comité consultatif public mixte de la Commission de coopération environnementale de l'Amérique du Nord

Ottawa, les 17 et 18 juin 2002

Aaron Cosbey
Associé et conseiller principal
Commerce et investissement
Institut international du développement durable
http://www.iisd.org/trade
acosbey@iisd.ca

Table des matières

1 Introduction 1

2 Le contexte : Pourquoi conclure des accords sur l'investissement? 1

3 Quelles sont les inquiétudes soulevées par le chapitre 11? 3

3.1 Les dispositions 3

3.2 La portée 7

3.3 Le processus 7

4 La contribution potentielle du CCPM 11

Ouvrages cités 14

1 Introduction

Le présent document vise à exposer brièvement les préoccupations que l'Institut international du développement durable (IIDD) a mises au jour à la suite de son travail exhaustif d'analyse et de consultation au sujet des répercussions environnementales du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Le document est basé en majeure partie sur des études précédentes réalisées par l'IIDD[1]. Il fait également fond sur une série d'ateliers d'experts des trois pays signataires de l'ALÉNA, consacrés aux répercussions environnementales du chapitre 11 et tenus au printemps 2002, sous les auspices de l'IIDD et d'institutions associées[2].

L'hypothèse de départ dans les ateliers — et dans la présente analyse — est double. Premièrement, les investissements peuvent contribuer dans une large mesure au développement durable. De fait, il est difficile d'imaginer un passage au développement durable sans des investissements directs étrangers importants, surtout dans les pays où le taux d'épargne est faible. Deuxièmement, la protection de l'environnement est également essentielle pour réaliser le développement durable et, globalement, l'une des pierres angulaires de cette protection réside dans l'existence de systèmes solides et efficaces de gestion de l'environnement à l'échelle nationale. Le défi que nous devons relever consiste à réconcilier ces deux objectifs : favoriser les investissements directs de manière à ne pas miner la capacité des gouvernements nationaux d'agir pour que ces investissements, et d'autres activités économiques, contribuent au développement durable.

2 Le contexte : Pourquoi conclure des accords sur l'investissement?

La protection de l'investisseur offerte par le chapitre 11 de l'ALÉNA est un produit de l'histoire. Les efforts pour protéger les investissements étrangers remontent à aussi loin que les traités sur l'amitié, la navigation et le commerce conclu à la fin des années 1700. Le droit international relatif aux investissements

---

[1] Voir Institut international du développement durable, 2001; Mann et von Moltke, 1999, 2002.

[2] *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*, Mexico, 13 mars; Ottawa, 18 mars; Washington, 11 avril. Pour une description des ateliers et un accès aux programmes, aux listes de participants et aux documents de travail, voir <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop> (en anglais).

a évolué au fil du temps, en réponse aux changements survenus dans le système commercial et dans les réalités politiques, et, à la fin des années 1970, les États-Unis ont commencé à signer des accords connus sous le nom de « traités bilatéraux d'investissement » (TBI). Les dispositions des TBI relatives à la protection des investissements sont essentiellement les mêmes que celles du chapitre 11.

Vandeveld (1992) décrit ainsi les motifs qui ont poussé les États-Unis à conclure des TBI :

> Les TBI [...] sont issus de considérations économiques, légales et politiques. Le motif économique était de protéger les investissements américains existants contre diverses menaces telles que le traitement discriminatoire, le contrôle des changes et l'expropriation. Du point de vue légal, l'objectif était de renforcer la protection offerte aux investisseurs par le droit coutumier international. Les objectifs politiques étaient de réduire la pression exercée par le Congrès et le milieu des affaires américain pour la mise en œuvre de mesures visant à protéger les investissements étrangers et de montrer aux gouvernements des autres pays que les États-Unis étaient décidés à protéger leurs investissements outre-mer.

Au moment de la négociation de l'ALÉNA, cette décision était assumée, et le besoin n'était plus aussi grand de renforcer le droit coutumier international en matière d'investissements; il ne restait donc plus que le désir de protéger les investissements américains à l'étranger. Entre-temps, un autre objectif avait commencé à se faire jour : la libéralisation des investissements internationaux. Il ne s'agissait pas seulement de protéger les investissements contre un mauvais traitement par des gouvernements étrangers; ce nouvel objectif visait également l'élimination des obstacles à l'investissement, sous la forme de prescriptions de résultats ou de restrictions aux droits d'établissement. Le chapitre 11 couvre ces deux objectifs.

Il est intéressant de noter que Vandeveld poursuit ainsi : « Aucune des considérations en faveur de la négociation des TBI ne concernait la promotion des investissements dans les pays en développement ». C'est précisément cet accroissement des investissements qui a poussé le Mexique à signer l'accord. Le Mexique considérait son engagement en faveur de la libéralisation, et, ce qui est peut-être encore plus important, sa volonté de *sceller* cet engagement, comme un signal important pour les investisseurs que le pays en avait fini de ses vieilles politiques nationalistes et qu'il constituait désormais une destination attrayante pour les investissements. Le Canada, pour sa part, reconnaissait la valeur d'un accord susceptible d'accroître les possibilités d'investissement au Mexique, mais

cherchait parallèlement à limiter la portée de l'accord afin d'éviter les répercussions sur sa propre réglementation en matière d'investissement.

Cependant, l'investissement ne constitue pas une fin comme tel. S'il convient de protéger, de promouvoir et d'attirer les investissements étrangers, c'est pour réaliser la croissance économique que ces investissements peuvent entraîner, tant pour l'investisseur que pour le pays hôte. Dans le présent document, nous voulons montrer que le moteur purement économique de la protection de l'investisseur, aux termes de l'ALÉNA, bien que parfaitement approprié du point de vue commercial, a conduit à de graves problèmes imprévus dans des domaines d'intérêt public non liés au commerce[3].

3 Quelles sont les inquiétudes soulevées par le chapitre 11?

Les inquiétudes soulevées par le chapitre 11 concernent principalement trois aspects : les dispositions, la portée et le processus.

3.1 Les dispositions

Le chapitre 11 offre les mécanismes de protection que l'on trouve habituellement dans les TBI, mais les dispositions qui risquent le plus d'entrer en contradiction avec des objectifs gouvernementaux non liés au commerce sont les suivantes :

- Protection contre l'expropriation, ou contre des mesures équivalant à une expropriation (article 1110)
- Obligations en matière de traitement national (article 1102)
- Interdiction des prescriptions de résultats (article 1106)
- Obligations en matière de normes minimales internationales de traitement (article 1105)

3.1.1 Protection contre l'expropriation

L'article 1110 stipule que toute expropriation doit :

a) répondre à une raison d'intérêt public;

b) s'appuyer sur une base non discriminatoire (elle ne doit pas viser une entreprise ou une nationalité particulière);

[3] L'argument est développé ici dans le contexte de l'ALÉNA, mais il s'applique avec autant de force aux TBI.

c) être effectuée en conformité avec l'application régulière de la loi;

d) être accompagnée d'une compensation par le gouvernement qui exproprie.

Aucune de ces conditions n'est surprenante ni déraisonnable, mais il se pose une question fondamentale : où trace-t-on la ligne entre l'exercice légitime par le gouvernement de son pouvoir de réglementation — qui fait souvent mal, économiquement, à certaines entreprises ou à certains secteurs — et l'expropriation compensable? Une telle ligne existe depuis longtemps en droit international, dans la doctrine des « pouvoirs de police » : les mesures non discriminatoires visant à protéger le bien-être de la population (p. ex., santé publique, environnement, ordre public) ne sont pas considérées comme une expropriation, même si elles entraînent des dommages économiques pour certaines entreprises. Étant donné que cette restriction n'est pas explicite dans le texte de l'article 1110, on peut se demander si elle existe. Si ce n'est pas le cas, tout règlement environnemental sévère supposera le versement d'une indemnité aux entreprises touchées[4]. Cela revient de fait à un système de « pollueur payé » et il est clair qu'une telle perspective risque fort d'étouffer toute tentative d'établir de nouveaux règlements.

À cet égard, la décision la plus troublante rendue à ce jour est celle qui concerne l'affaire *Metalclad*, dans laquelle le tribunal a jugé que l'objectif de la mesure contestée n'était pas important pour déterminer s'il y avait expropriation – seule comptait l'étendue du dommage. On trouve des éléments du même raisonnement dans l'affaire *Pope & Talbot*. Ces décisions semblent avoir pour effet d'éteindre l'exemption relative aux pouvoirs de police et de mettre *tous* les règlements gouvernementaux à la merci d'une poursuite pour expropriation compensable, s'il peut être démontré qu'un dommage suffisamment important a été infligé. L'affaire *Methanex* offre une autre occasion de statuer sur ce même point.

3.1.2 Traitement national

L'article 1102 oblige chacune des Parties à « [accorder] aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs ». La principale source

[4] Même si l'on conçoit que tous les règlements seraient soumis à un examen approfondi, il est peu probable que tous les dommages soient compensables. Selon la jurisprudence constituée à ce jour, il faudrait qu'il y ait une *baisse marquée* de la valeur de l'investissement pour qu'une compensation soit accordée.

d'inquiétude, ici, réside dans la difficulté de déterminer si des circonstances sont « analogues ». Il est clair que le texte ne veut pas dire « identiques », mais il ne fournit aucune indication sur la façon de déterminer si des circonstances sont suffisamment similaires pour rendre cette obligation applicable.

Par exemple, si plusieurs entreprises existantes polluent déjà un écosystème donné et que la limite maximale permise de pollution est atteinte, est-ce que le refus de permettre à un investisseur étranger d'ouvrir une autre usine au même endroit constitue une violation de la clause du traitement national? L'investisseur étranger n'est certainement pas traité aussi bien que les entreprises nationales existantes. Autre exemple : si, comme dans l'affaire *Pope & Talbot*, un investisseur est tenu de respecter des règlements dans la province où il exploite son entreprise qui sont plus onéreux que les règlements en vigueur dans d'autres provinces, est-ce que cela constitue une violation des obligations de traitement national?

3.1.3 Prescriptions de résultats

L'article 1106 interdit aux pays hôtes d'imposer certains types d'exigences aux investisseurs comme conditions d'entrée et d'établissement. Les exigences interdites comprennent celles d'exporter un pourcentage donné de produits ou de services, d'acheter certains intrants localement et de transférer diverses technologies au pays hôte.

L'inquiétude sur ce point est que, dans plusieurs cas maintenant, il a été allégué (mais aucun jugement n'a été rendu) qu'une interdiction d'importation constitue une prescription de rendement. Dans l'affaire *Crompton*, par exemple, le Canada a interdit l'importation de lindane pour des raisons liées à l'environnement et à la santé. Toutefois, la société Crompton US, le fabricant, prétend que l'interdiction oblige sa filiale canadienne à acheter des produits de remplacement locaux et que, partant, elle équivaut à une exigence d'achat local. La société Ethyl a présenté les mêmes arguments dans sa revendication, que le Canada a réglée hors cour. Les interdictions sur les importations sont fréquemment utilisées dans les politiques environnementales pour résoudre des problèmes liés aux substances toxiques et, partant, ces récents événements sont inquiétants.

3.1.4 Norme minimale de traitement

En vertu de l'article 1105, les investisseurs doivent recevoir un traitement « conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable [...] ». Le texte ne fournit pas de définition et, avant que la Commission du libre-

échange (CLÉ) n'écarte expressément une telle interprétation, dans un document (notes d'interprétation) daté de juillet 2001, le texte a été interprété, dans plusieurs litiges, comme signifiant que les investisseurs devaient recevoir le traitement spécifié dans *n'importe quelle* loi internationale, y compris les règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et même des dispositions de l'ALÉNA autres que celles du chapitre 11. On craint maintenant que les notes d'interprétation n'aient pas l'effet escompté lorsqu'elles seront lues par les tribunaux d'arbitrage saisis des poursuites intentées aux termes du chapitre 11[5].

Par ailleurs, si les notes d'interprétation avaient été émises plus tôt, elles n'auraient pas empêché certains jugements troublants. Dans l'affaire *Metalclad*, par exemple, le tribunal a statué, notamment que le gouvernement du Mexique était responsable des allégations d'un simple bureaucrate et qu'il avait le devoir de corriger les méprises légales de l'investisseur. C'est là une interprétation très large de l'article 1105 qui, si elle devait être acceptée, imposerait des obstacles quasi insurmontables dans les processus nationaux de réglementation.

3.1.5 Conclusions

Dans le cas de toutes ces dispositions, les préoccupations concernent le fait que les interprétations dépassent les intentions des rédacteurs du texte. Comme le font remarquer Mann et von Moltke (2002), les dispositions ne constituent plus seulement des instruments de protection de dernier recours contre un traitement injuste; elles sont devenues des armes de choix pour prévenir ou attaquer des règlements défavorables – ce ne sont plus des boucliers, mais des épées. Dans une certaine mesure, la perspective commerciale étroite des négociateurs les a empêchés de prévoir les types de répercussions que ces dispositions pourraient avoir sur d'autres sphères des politiques publiques, ou de s'en inquiéter.

Une certaine reconnaissance de ce fait transparaît dans les notes d'interprétation émises en juillet 2001 par la CLÉ, au sujet de la transparence et des normes minimales internationales de traitement[6]. L'interprétation donnée limite la portée de l'article 1105, en précisant que la norme minimale de traitement prévue par cet article est la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier, ce qui signifie que l'article 1105 ne peut plus être invoqué pour introduire des obligations extraites du droit commercial et d'autres sources[7].

---

[5] Voir Institut international du développement durable, 2001.

[6] Commission du libre-échange, 2001.

[7] Pour une analyse de l'interprétation, voir Institut international du développement durable, 2001.

L'interprétation a été émise en vertu du pouvoir conféré à la CLÉ par l'article 1131(2) de l'ALÉNA, qui stipule qu'« une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section » [article 11, section B]. Un tel véhicule pourrait également être utilisé pour résoudre les problèmes mentionnés ci-dessus, à condition que les Parties s'entendent sur les solutions appropriées.

3.2 La portée

Le chapitre 11 utilise des définitions beaucoup trop larges de ce que sont un « investissement » et les « mesures » contre lesquelles l'investissement doit être protégé. Un investissement peut être aussi bien une entreprise qu'un titre d'emprunt ou un prêt à une entreprise. Ainsi, le détenteur d'une obligation dans une entreprise multinationale est un investisseur doté des droits étendus susmentionnés, qui peut se prévaloir du puissant processus décrit ci-dessous.

Cette définition a été élargie par plusieurs jugements en vertu desquels une *part de marché* d'une entreprise est désormais un investissement qu'il convient de protéger. En conséquence, lorsque la part de marché de la société Pope & Talbot US a diminué à la suite de la mise en œuvre d'une politique par le gouvernement canadien, la société a pu réclamer une compensation. De fait, cela revient à dire que tout l'éventail des mesures *commerciales* est assujetti aux règles de l'ALÉNA sur les *investissements*, puisque la plupart des mesures commerciales auront une incidence sur la part de marché. La portée des dispositions s'en trouve grandement élargie et l'accès au processus direct de règlement des différends entre État et investisseur (décrit ci-dessous) est beaucoup plus ouvert que ce qui avait sans doute été prévu.

Une « mesure », selon le chapitre 2 de l'ALÉNA — le terme n'est pas défini dans le chapitre 11 — s'entend « de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique ». Sont ainsi couverts la plupart des actes du gouvernement que l'on peut imaginer. Le chapitre 11 s'applique aux mesures prises par tous les paliers de gouvernement, depuis le gouvernement fédéral jusqu'aux administrations municipales. L'affaire *Loewen*, aux États-Unis, montre qu'il s'applique également au pouvoir judiciaire.

3.3 Le processus

La vaste portée du chapitre 11 et les larges définitions sur lesquelles certaines de ses dispositions sont fondées signifient que le chapitre 11 va bien au-delà des

questions commerciales, pour toucher des domaines d'intérêt public plus large, comme celui de la protection de la santé et de l'environnement. L'affaire *Methanex*, par exemple, constitue un test pour établir le juste équilibre entre le droit du public à un environnement propre et sûr, et le droit d'un investisseur de profiter des fruits de son investissement. Les deux objectifs sont importants, du point de vue des politiques publiques, et les institutions chargées de réaliser l'équilibre requis entre ces objectifs devraient avoir les types de qualités que nous exigeons des organismes gouvernementaux appelés à prendre régulièrement de telles décisions : légitimité, responsabilité et transparence. Le mécanisme de règlement des différends entre un État et un investisseur prévu par le chapitre 11 est déficient sous tous ces aspects.

Les membres du tribunal eux-mêmes ne sont pas choisis dans une liste permanente d'arbitres et le processus de sélection prévoit que les parties contestantes nomment chacune un arbitre et qu'elles s'entendent sur la nomination du troisième – une situation favorable à un choix biaisé. Pastor (2001) présente l'argument suivant :

> Les tribunaux d'arbitrage ont donné de bons résultats, mais ils font face à des problèmes en raison de leur caractère *ad hoc*. Étant donné que les membres d'un tel tribunal ne sont pas bien rémunérés, il est devenu de plus en plus difficile de trouver des spécialistes qui n'aient pas de conflit d'intérêt. De plus, la jurisprudence qui s'est constituée au cours de la dernière décennie exige un investissement en temps que peu de personnes sans conflit d'intérêt sont prêtes à consentir. C'est pourquoi le moment est venu d'établir une cour permanente et de nommer des juges pour de longues périodes.

Par ailleurs, le processus ne permet qu'une forme très limitée d'examen – essentiellement une contestation de la sentence arbitrale rendue par les cours du pays où le tribunal est légalement établi. L'examen est donc mené aux termes des lois applicables du pays en question, mais la norme qui s'applique à l'examen des espèces de ce type est beaucoup plus élevée que la norme fixée pour les appels nationaux. Il faudrait démontrer que le tribunal a commis une erreur de droit si grande que cela revient à rendre un jugement pour lequel il n'a pas compétence, donc inapplicable. Au bout du compte, ce n'est pas un processus d'appel; l'examen ne peut pas permettre de statuer sur de simples erreurs de fait ou de droit, ni remplacer une décision du tribunal par une autre.

Le caractère *ad hoc* de la sélection des membres du tribunal, l'absence de possibilité d'appeler de la décision et l'absence de *stare decisis*, ou de précédent juridique, conduisent à ce qu'un commentateur a appelé un « crapshoot » (jeu de

hasard) chaque fois qu'un tribunal tient audience[8]. Il n'y a aucun moyen de prévoir avec une quelconque certitude comment un tribunal statuera sur une question donnée. Résultat, les entreprises qui peuvent mettre sur pied, à moindre coût, des revendications susceptibles de rapporter gros ont tout intérêt à tenter leur chance. En comparaison, la valeur de l'Organe d'appel permanent de l'OMC, avec la cohérence et la prévisibilité qu'il confère au processus, est manifeste.

Accessoirement, il convient également de mentionner que certains observateurs critiquent le processus lui-même de règlement des différends entre investisseur et État. Effectivement, le fait qu'il n'y ait pas de « filtre » pour éliminer les revendications injustifiées ou stratégiques pose problème. Cependant, l'histoire en matière de protection des investissements montre qu'il est préférable de ne pas laisser le soin de filtrer les revendications aux gouvernements; en effet, ces derniers ont tendance à répondre seulement aux joueurs importants et leur décision de donner suite à une revendication sera toujours liée aux considérations politiques du moment[9].

Mais revenons à la question de la sélection des membres du tribunal. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les affaires sur lesquelles le tribunal doit statuer vont très souvent au-delà des pures questions de droit commercial dans lesquelles les membres du tribunal seront spécialisés. L'affaire *Methanex*, par exemple, exige une connaissance des aspects économiques de la réglementation environnementale : le gouvernement de la Californie aurait-il pu réglementer les fuites dans les réservoirs souterrains, plutôt que d'interdire la substance chimique qui s'écoulait des réservoirs et qui était à l'origine des préoccupations? Cette affaire exige également une compréhension de la science de l'environnement et de la prise de décisions fondée sur des données scientifiques; ainsi, les effets sur la santé humaine de la substance chimique interdite ne font pas l'objet d'un consensus scientifique clair. Les experts appelés à témoigner peuvent seulement conduire les arbitres non spécialistes jusqu'à un certain point avant que la légitimité du processus ne commence à être mise en péril.

On peut éviter ce problème, dans une certaine mesure, en veillant à assurer l'entière transparence de la procédure et en acceptant la participation d'« amis de la cour », spécialistes des implications légales des aspects à l'étude. À l'heure actuelle, des restrictions sont imposées pour tous les documents judiciaires et pour l'accès à la procédure. Le tribunal chargé de l'affaire *Methanex* a fait œuvre

---

[8] Jon Johnson, session de l'IIDD à Ottawa, 18 mars 2002.

[9] Voir Vandeveld, 1992.

de pionnier en déclarant que le public en général était concerné par l'affaire et que lui-même avait le pouvoir d'accepter des mémoires d'amis de la cour (*amicus curiae*) et qu'il avait l'intention de le faire :

> Il ne fait aucun doute que cet arbitrage intéresse le public. Les questions de fond vont bien au-delà des questions soulevées par l'arbitrage transnational habituel entre parties commerciales.[10]

De fait, étant donné l'intérêt du public dans les espèces, on ne voit aucune raison pour ne pas rendre tous les documents judiciaires publics et pour ne pas autoriser le même type d'accès à la procédure que celui permis dans n'importe quelle cour de justice nationale. Certains allèguent que cela reviendrait à mettre des informations confidentielles concernant les entreprises dans le domaine public, mais des restrictions pourraient toujours être imposées sur la diffusion de ces documents, comme cela se fait dans les cours de justice nationales. Comme l'un des commentateurs l'a suggéré, il se peut que la transparence soit le prix à payer pour le privilège d'utiliser le mécanisme puissant et direct de règlement des différends entre investisseur et État[11].

Dans sa forme actuelle, le processus n'est pas doté du type de légitimité, de responsabilité et de transparence que l'on exige des institutions chargées d'assurer l'équilibre entre les objectifs des politiques publiques. Conjuguées à la large portée du chapitre 11, au caractère vague des définitions des termes utilisés dans les dispositions examinées ci-dessus, les faiblesses du processus créent une situation de risque et d'incertitude pour les responsables de la réglementation dans les domaines non commerciaux et alimentent les réticences du public, qui mettent en péril l'intégrité de l'ALÉNA. Les réformes suggérées ici, qui gagnent maintenant en popularité même parmi les partisans irréductibles du chapitre 11, pourraient constituer une amorce de solution.

Les notes d'interprétation de la CLÉ, dont il est question ci-dessus, contiennent certaines dispositions relatives à la transparence. Toutefois, il n'est pas du tout évident que ce véhicule, qui fonctionnera pour des interprétations des dispositions du chapitre 11, donnera d'aussi bons résultats lorsqu'il s'agira de corriger les défaillances du processus.

Les parties contestantes ont le droit, aux termes de l'ALÉNA, de demander à être entendues selon les règles de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou du Centre international pour le

---

[10] Tribunal Methanex, 2001, paragr. 49.

[11] Konrad von Moltke, session de l'IIDD à Mexico.

Règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – deux traités internationaux indépendants de l'ALÉNA qui ne peuvent être modifiés facilement. La CLÉ a le pouvoir, en vertu de l'article 1113(b) de l'ALÉNA, d'interpréter les dispositions du chapitre 11, mais elle ne peut en aucune façon dicter les règles de procédure que les tribunaux devront suivre. Ces règles sont fixées dès le début pour chaque espèce, en consultation avec les Parties et conformément à l'ensemble de droit applicable.

Pour pouvoir apporter un changement important au processus, il faudrait rouvrir l'ALÉNA et le modifier de manière à établir un système judiciaire de l'ALÉNA sur mesure, avec des règles définies par les Parties elles-mêmes. La réouverture de l'ALÉNA n'est pas quelque chose que l'on peut prendre à la légère, et il est peu probable que les Parties aient envie de procéder à cette réouverture. Cependant, c'est la seule façon, à moins de tenter de réformer le CIRDI et la CNUDCI, de corriger les principaux problèmes de processus inhérents au système actuel.

4 La contribution potentielle du CCPM

En supposant que le CCPM reconnaisse que le chapitre 11 soulève des problèmes qui demandent une attention, ou même qu'il convient de poursuivre les études à ce sujet, comment le Comité peut-il faire avancer les choses?

Le Comité a un rôle important à jouer dans ce domaine, mais la voie à suivre est nécessairement indirecte. Les principaux responsables appelés à prendre des décisions au sujet du chapitre 11 sont les ministres du Commerce, qui se rencontrent au sein de la CLÉ. Ils sont les seuls à avoir le pouvoir de modifier ou d'interpréter l'ALÉNA. Le CCPM n'est pas habilité à conseiller la CLÉ, mais il a le mandat de fournir des avis au Conseil de la Commission de coopération environnementale (CCE) de l'Amérique du Nord. Le Conseil, quant à lui, en vertu du paragraphe 10(6) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE), est clairement habilité à coopérer avec la CLÉ en vue de la réalisation des buts et objectifs environnementaux de l'ALÉNA, notamment en examinant constamment les effets environnementaux de l'Accord.

Connaissant ce lien, dans son avis au Conseil n° 02-04 (8 mars 2002), le CCPM a recommandé que soient mis à la disposition du public les comptes rendus de discussion des réunions du Groupe de fonctionnaires de l'environnement et du commerce constitué en vertu du paragraphe 10(6) de l'ANACDE. Il a également

invité le Conseil à inscrire le chapitre 11 à l'ordre du jour du deuxième Symposium de la CCE sur l'environnement et le commerce, et à faire mieux connaître les discussions qui se dérouleront entre les ministres de l'Environnement et du Commerce à l'occasion de la prochaine rencontre prévue en 2003. Le CCPM a déjà essayé par deux fois d'aiguillonner le Groupe de fonctionnaires susmentionné pour qu'il fasse en sorte que son action soit plus visible, avec un succès limité[12].

Que peut-on faire de plus? Voici plusieurs suggestions :

1. Le CCPM pourrait être plus direct dans ses avis, et inviter le Conseil à fournir un avis d'expert à la CLÉ, de sa propre initiative, conformément au mandat que lui confère le paragraphe 10(6). Le Conseil s'est déjà offert pour fournir un tel avis dans son Communiqué final de juin 1999, mais l'offre n'a jamais été relevée. Depuis, la CLÉ s'est réunie et a examiné la question, ce qui a conduit aux notes d'interprétation de juillet 2001. Cependant, autant que nous le sachions, la CLÉ a procédé sans la coopération ou l'opinion du Conseil.

L'avis du Conseil devrait s'appuyer sur une étude rigoureuse, commandée par le Conseil ou exécutée par le Secrétariat. Il pourrait également faire fond sur une réunion d'experts en la matière organisée par la CCE. Idéalement, le Conseil fournirait un avis à la CLÉ sur les répercussions actuelles du chapitre 11 et sur les solutions possibles pour corriger les effets néfastes.

2. Le CCPM pourrait inviter le Conseil à encourager l'adoption d'un langage et d'un processus améliorés pour la protection des investisseurs dans les négociations en cours relatives à la Zone de libre-échange des Amériques. Une telle recommandation a déjà été formulée dans l'avis au Conseil nº 01-02, mais elle n'était pas exprimée avec force. Il serait bon de la réitérer dans le contexte d'un communiqué spécial sur le chapitre 11.

3. Comme ce fut le cas dans l'avis au Conseil nº 02-04, le CCPM pourrait chercher des occasions de mieux faire connaître le dossier auprès du public et d'obtenir son opinion, et il pourrait aussi encourager la CCE à tirer profit au maximum de ces occasions. Faisant fond sur la recommandation concernant la réunion des ministres de l'Environnement et du Commerce de 2003, le CCPM pourrait inviter le Conseil à faire en sorte que la rencontre soit mise à profit pour annoncer un résultat important dans la recherche d'un chapitre 11 plus sensible

[12] Voir les avis au Conseil nos 99-08 et 98-08.

aux questions environnementales – peut-être les résultats du processus recommandé au sujet du Groupe constitué en vertu du paragraphe 10(6).

4. Le CCPM pourrait préparer un avis spécial au Conseil, où seraient résumés les domaines préoccupants sur lesquels le Conseil devrait se pencher, ainsi que certaines des solutions possibles. Cet avis pourrait s'appuyer sur l'une ou l'autre des sources d'information suivantes : contribution du public dans le cadre des sessions ordinaires du Conseil; opinions d'experts choisis sur une base ponctuelle, comme le présent document, ou programme de recherches plus approfondies entrepris par le CCPM, de sa propre initiative.

Ouvrages cités

Commission du libre-échange. Juillet 2001. *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*. <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-f.asp>.

Institut international du développement durable. Août 2001. *IISD's Note on the NAFTA Commission's Recent Initiative to Clarify Chapter 11 Investment Provisions*. <http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_nafta_aug2001.pdf>.

Mann, H., et K. von Moltke. 2002. *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*. Document de travail pour les ateliers trinationaux de l'IISD sur les politiques, Mexico, 13 mars; Ottawa, 18 mars; Washington, 11 avril. IIDD, Winnipeg.

Pastor, R.A. 2001. *Toward a North American Community: Lessons from the Old World for the New*. Institute for International Economics, Washington, D.C.

Tribunal Methanex. Janvier 2001. In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules Between Methanex Corporation and United States of America: The Tribunal's Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as 'Amici Curiae'.

Vandeveld, K. 1992. *United States Investment Treaties: Policy and Practice*. Law and Taxation Publishers, Boston.