

Continentalisation

Cahier de recherche Vol. 1, n° 11
Octobre 2001

Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de L'ALÉNA

Quelles leçons en tirer?

(version mise à jour et corrigée du cahier de recherche 2000-13)



par : Rémi Bachand

Groupe de recherche sur l'intégration continentale

Université du Québec à Montréal
Département de science politique
C.P. 8888, succ. Centre-Ville, Montréal, H3C 3P8

<http://www.unites.uqam.ca/gric>

Centre Études internationales et Mondialisation

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur-e et ne reflètent pas nécessairement ceux du Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) ou des membres du Centre Études internationales et Mondialisation (CEIM)

Comme nous avons pu le constater lors des activités de mobilisation et, plus tard, lors des manifestations entourant la tenue du Sommet des Amériques qui a eu lieu à Québec au mois d'avril 2001, les développements entourant le chapitre 11 sur les investissements inclus dans l'ALÉNA sont, plus que jamais, au cœur des préoccupations des groupes d'opposition à la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA). En effet, les poursuites sur lesquelles nous avons alors de l'information laissaient entrevoir l'introduction d'une hiérarchie dans le droit, hiérarchie privilégiant la propriété privée des moyens de production à l'encontre de plusieurs des droits revendiqués par la population. La diffusion des informations concernant les poursuites d'Ethyl, Sun Belt Water et, plus tard, celles de seconde main concernant Metalclad ont fait peur à plus d'un. La crainte de voir un accord semblable inscrit dans une éventuelle ZLÉA a semblé être une motivation supplémentaire pour plusieurs à aller afficher leur mécontentement dans les rues de Québec.

Le Sommet de Québec est passé et les négociations en vue de créer cette zone de libre-échange sont passées à une nouvelle étape. Les textes publiés en juillet confirment l'hypothèse que nous apportions dans la première version de ce cahier de recherche, à savoir que, sur le fond au moins, le chapitre sur l'investissement sera, si accord il y a, très semblable à celui de l'ALÉNA. L'analyse de ce chapitre de l'accord nord-américain demeure donc pertinent. Or, d'importants développements ont eu lieu depuis la publication de cette première version. Par exemple, nous avons maintenant accès au texte de la décision du panel concernant la poursuite Myers, les arguments de UPS dans sa poursuite contre le Canada ont enfin été rendus publics, une nouvelle poursuite a été tout récemment intentée contre le Canada (Trammel Crow Corp.), quelques autres décisions ont été rendues par des tribunaux arbitraux, et, enfin, la *Commission du libre-échange de l'ALÉNA* a produit une note d'interprétation concernant, notamment, la définition à donner de l'article 1105 sur la norme minimale de traitement. Sans nous obliger à changer notre opinion sur l'accord, ces faits contribuent à nous éclairer sur plusieurs aspects qui, autrefois, demeuraient obscures.

Nos conclusions demeurent encore aujourd'hui les mêmes, à savoir que cet accord sert deux objectifs: 1- La reproduction d'un ordre juridique qui sert d'abord et avant tout à protéger et à mettre en valeur la propriété privée des moyens de production et donc, du capital; 2- Dépolitiser le processus de mondialisation du capital afin d'accroître l'autonomie des investisseurs. Ces deux objectifs atteints, ceux-ci auront les coudées franches afin de poursuivre le phénomène de concentration du capital, surtout considérant les lacunes du droit international de la concurrence¹.

Cette évolution du droit, doit-on le noter, est bien le fait de l'État et ce, malgré les pressions des investisseurs. En effet, en droit international, comme en droit national, le législateur est l'État. Dans le cas présent, l'ALÉNA, dont nous étudierons dans ce

¹ Sur cette question, nous référons aux travaux de Michèle Rioux, et notamment *Vers un droit mondial de la concurrence*, Montréal, GRIC, cahier de recherche 99-08; ainsi que C. Deblock, D. Brunelle, M. Rioux, *Globalisation, investissements et concurrence -La voie du régionalisme: le projet des Amériques*, Montréal, GRIC, cahier de recherche 01-09, (en ligne) GRIC <<http://www.unités.uqam.ca/gric>>.

cahier un des chapitres, est un accord qui a bel et bien été conclu et ratifié par des États, tout comme le sera la ZLÉA et comme l'ont été les accords de Marrakech qui ont porté création de l'OMC. Ces accords, ainsi que les multiples autres accords de libre-échange, forment, du point de vue juridique, ce qu'il y a aujourd'hui lieu d'appeler la mondialisation économique. Ce sont ces accords qui assurent la libre circulation des biens, des services et des investissements qui caractérisent l'étape actuelle du capitalisme. Théoriquement donc, si les États décidaient, dans un geste totalement souverain, de fermer leurs frontières et de mettre fin à ce processus de mondialisation économique, ce serait possible. Cet aparté nous apparaît important à souligner afin d'expliquer que, contrairement à ce que certains peuvent dire, *la mondialisation économique, dont le chapitre 11 est un des vecteurs juridiques importants en Amérique du Nord, ne signifie pas la perte de souveraineté de l'État. Elle est, au contraire, le fruit de décisions souveraines de sa part.* Autrement dit, puisque le processus de formation de la norme en droit international demeure le fait de l'État, on ne peut pas dire que le résultat de ces normes puisse signifier une perte de souveraineté du législateur. L'étape de la mondialisation ne fait que rendre ceux-ci plus interdépendants, de permettre aux plus forts d'entre eux d'influencer autrement que par les armes comme cela se faisait autrefois, les décisions des autres États, et c'est ce processus qui fait faussement dire à certains qu'on assiste à une perte de souveraineté.

Ce cahier de recherche sera donc, comme le précédent, divisé en deux parties, une première partie théorique où seront expliquées et analysées les normes du chapitre 11 de L'ALÉNA, et une seconde où seront examinées les principales poursuites qu'a, jusqu'à présent, permis ce chapitre. À noter, nous reprendrons presque textuellement le premier chapitre de la première version. Notre mise à jour concerne principalement le second chapitre. Nous ne nous attarderons pas à analyser ces textes qui évoquent l'état des actuelles négociations pour la création éventuelle de la ZLÉA² car ce travail a déjà été publié par nous récemment³.

² Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *ZLÉA: Ébauche du chapitre sur l'investissement -Position et proposition du Canada*, (en ligne) MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/I-P&P-f.asp>> (Date d'accès: 10 septembre 2001).

³ R. Bachand, *ZLÉA et investissements: débats et négociation*, Montréal, GRIC, 2001, en ligne <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>.

L'ALÉNA ET LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE DES MOYENS DE PRODUCTION

L'étude théorique du chapitre 11 de l'ALÉNA peut, avant même de prendre connaissance des poursuites intentées grâce à lui par les investisseurs et contre les États parties, nous faire voir quelques points essentiels. Cet accord répond d'abord et avant tout aux intérêts des investisseurs et correspond directement à l'idéologie néo-libérale qui insiste pour que toute distorsion politique ou juridique disparaissent de l'économie. Autrement dit, ce que les négociateurs ont tenté de faire lors des discussions créant ce chapitre, c'est de s'assurer que la façon dont l'accumulation, la distribution des richesses et la division de la propriété des moyens de production s'effectue ne serait influencée que par le marché et par la loi de l'offre et de la demande. Il s'agissait donc d'évincer, autant que faire se pouvait, le politique de ces processus. Encore plus concrètement, il s'agissait pour les négociateurs américains de s'assurer de la libéralisation des normes régissant les investissements au Mexique, pays qui, à une certaine époque, n'a pas hésité à nationaliser les biens des investisseurs de son voisin du nord dans son objectif de s'élever dans la voie d'un capitalisme étatique. Les négociateurs états-uniens cherchaient entre autre à voir Mexico abandonner une fois pour toute la fameuse doctrine Calvo⁴. Cette première partie tentera donc d'expliquer ce qu'on pouvait attendre, *a priori* de ce chapitre important de l'ALÉNA.

La définition de l'investissement/de l'investisseur

Un des premiers aspects qui frappe au moment de la lecture de l'ALÉNA est sûrement l'étendue de la définition de l'investisseur et de l'investissement. Il est clair que pour le lobby des investisseurs, qui a eu un grand mot à dire au cours de l'élaboration de l'accord, l'objectif était d'élargir le plus possible le champ d'application, c'est-à-dire de rendre éligible à la protection accordée par l'accord le plus grand nombre d'activités économiques pratiquées par eux dans les autres pays membres de l'accord. Il s'agissait de ne pas baliser cette protection aux seuls investissements directs à l'étranger⁵, mais plutôt d'étendre celle-ci également aux investissements de porte-feuille qui supposent un contrôle moins grand de la part des investisseurs étrangers.

Or, en effet, l'ALÉNA propose une définition des plus élargies pour l'investissement et pour l'investisseur⁶. Pour ce premier, l'article 1139 inclut dans le terme d'investissement:

⁴ Voir *Infra* note 32 et texte correspondant.

⁵ Généralement définis comme étant la prise de contrôle important d'une entreprise par des investisseurs étrangers. Voir par exemple à cet effet P.H. Lindert et T.A. Pugel, *Économie internationale*, 10e édition, Paris, Économica, à la page 822.

⁶ D.R. Adair, «Investors' Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties» 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 195 à la p. 202.

- a) une entreprise;
- b) un titre de participation d'une entreprise;
- c) un titre de créance d'une entreprise;
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans,
 mais n'engage pas un titre de créance, quelle que soit l'échéance originelle, d'une entreprise d'État;
- d) un prêt à une entreprise;
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans,
 mais n'englobe pas un prêt, quelle que soit l'échéance originelle, à une entreprise d'État;
- e) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise;
- f) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d);
- g) les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales;
- h) les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire (...)
 - (i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions, ou
 - (ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise; (...)⁷.

On voit bien, qu'en plus des investissements directs à l'étranger dont on parlait plus tôt, les investissements de portefeuille (une «participation d'entreprise», un «prêt à une entreprise», un «avoir dans une entreprise», etc.) sont inclus. Et puisqu'une plainte peut être déposée par un investisseur en son nom propre⁸, on pourrait assister à des situations absurdes où, par exemple, un investisseur minoritaire déposerait et ce, contre l'avis des actionnaires majoritaires de la compagnie ou du conseil d'administration,

⁷ *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: 1er janvier 1994), [ci-après l'*ALÉNA*], art. 1139.

⁸ *Ibid.*, art. 1117.

une poursuite contre un État étranger en vertu du chapitre 11 parce qu'il considérerait que cet État ne remplit pas ses obligations et qu'il en a souffert; ou encore une banque qui ferait de même parce qu'elle considérerait qu'un de ses clients a vu ses droits bafoués par un État d'accueil, ce qui a contribué à empêcher cette compagnie de rembourser ses créances durant un certain temps; ou enfin, combinant ces deux hypothèses, un actionnaire minoritaire d'une banque détenant la dette d'une compagnie ne pouvant plus honorer ses dûs, engager une poursuite envers un État qui, selon lui, violerait les droits de cette même compagnie.

Au niveaux politiques et économiques, cette définition élargie retient deux catégories d'investisseurs : Une première catégorie comprenant les entreprises étrangères, ou dont certains des actionnaires sont étrangers, catégories d'entreprises pouvant contourner les tribunaux internes du pays concerné et ester immédiatement devant un tribunal arbitral international (cet accès à des tribunaux arbitraux internationaux est justement une revendication du capital international depuis au moins le premier quart du dernier siècle); et une seconde catégorie d'entreprises, souvent des petites et moyennes entreprises, formées par des entrepreneurs locaux et n'ayant pas un accès à ces tribunaux internationaux. Cette dichotomie pourrait permettre à un investisseur étranger ayant effectué un investissement mineur dans une entreprise dont le contrôle est détenu par des nationaux du pays où l'investissement a été effectué, d'entreprendre un recours contre le pays d'accueil, et de recevoir compensation pour des dommages qui lui auraient été causés par celui-ci, alors que les investisseurs majoritaires n'y auraient pas droit puisque seuls les investisseurs étrangers peuvent se prévaloir des recours prévus dans l'ALÉNA.

Le traitement national et celui de la nation la plus favorisée

La possibilité de recevoir un traitement non discriminatoire face aux investisseurs nationaux et des autres nations est également au cœur des revendications des investisseurs internationaux depuis longtemps. Sur le plan commercial, le traitement national et celui de la nation la plus favorisée font partie des points majeurs sur lesquels s'appuie le système de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Il n'est donc pas surprenant qu'on ait tenté d'obtenir également ce traitement pour les investissements. L'article 1102 de l'ALÉNA prévoit à cet effet que les investisseurs étrangers, ainsi que les investissements faits par ceux-ci, se verront accorder par l'État d'accueil «un traitement non moins favorable» que celui accordé aux investisseurs nationaux et à leurs investissements «dans des circonstances analogues, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements»⁹. Une formulation semblable accorde un traitement non moins favorable à celui qui est accordé aux investisseurs et investissements d'un autre pays¹⁰.

⁹ *Ibid*, art. 1102 (2) et 1102 (3).

¹⁰ *Ibid*, art. 1103.

Malgré la clarté apparente de ces deux concepts, il existe certaines difficultés d'interprétation qui sont impossibles à contourner¹¹. Par exemple, une de ces difficultés vient du fait que des «circonstances analogues» concernant un investisseur national ne se sont peut-être jamais présentées. On doit donc, à ce moment, présumer de la façon dont l'État aurait agi s'il avait eu à faire face à la même situation, mais concernant des investisseurs nationaux, ce qui n'est, on s'en doute bien, jamais bien évident. Comme le souligne l'étude de l'Institut international du développement durable (IIDD), la question devient alors de juger si la mesure prise par l'État envers l'investisseur étranger a réellement été prise à des fins légitimes (parce que les activités de l'entreprise présentaient certains risques pour l'environnement pour reprendre l'exemple du texte), ou parce que l'investisseur est un étranger. Ce qui présente d'énormes difficultés on s'en doute.

Entre le faible et le fort, disait Pascal, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère. Pour les pays en développement (le Mexique dans l'*ALÉNA*, mais pour l'ensemble des pays d'Amérique latine dans une éventuelle *ZLÉA*), ne pas aider les petits investisseurs locaux à faire face à la concurrence des firmes transnationales nord-américaines revient à accepter de voir ceux-ci être écrasés par cette concurrence inégale. Il devient donc impossible d'élaborer des stratégies de développement différentes de celles qui consistent à espérer voir les capitaux étrangers arriver, créer des emplois et surtout, ne pas quitter à la moindre occasion pour d'autres cieux plus "cléments" après avoir éliminé toute concurrence locale. Puisqu'il est plus probable qu'un développement économique profitable à long terme soit soutenu par la bourgeoisie locale que par les investisseurs étrangers qui ne jouissent d'aucune attache économique dans ces pays (et ce, malgré la contradiction majeure existant entre la bourgeoisie locale et les classes ouvrières et autres masses populaires), la population et les masses populaires ont avantage à voir l'économie être guidée par les premiers plutôt que par les seconds, malgré la contradiction majeure qui existe entre eux. Or, la récente évolution du droit international de l'investissement va complètement à l'encontre de ces possibilités. Désormais, un État ne peut plus, en vertu d'une stratégie quelconque de développement, privilégier que ce soit des investisseurs nationaux (ou même un certain pourcentage de nationaux seulement) qui investissent dans un certain secteur de son économie, à moins d'avoir spécifiquement émis une réserve à cet effet dans le traité instituant la zone de libre-échange. Et il est sans doute inutile de dire que des réserves supplémentaires ne peuvent être rajoutées dans le traité après l'entrée en vigueur de celui-ci.

Cette obligation d'accorder aux investisseurs étrangers le traitement national a comme objectif de forcer les États à se conformer aux principes de l'idéologie néo-

¹¹ À ce sujet, voir l'excellente analyse faite par l'institut international du développement durable; 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). Cet article ne traite cependant que du rapport entre le chapitre 11 et l'environnement et n'aborde presque pas d'autres aspects essentiels du développement.

libérale qui commande de libérer le marché de toutes les distorsions qui pourraient entraver la bonne marche de la loi de l'offre et de la demande. On sait toutefois que ces négociations ont été fortement soumises au lobby des grandes entreprises¹² et que, comme le constatait Pascal, ce sont celles-ci qui sont avantagées lorsqu'on enlève toute possibilité à l'État de donner une certaine protection à ses entreprises nationales, surtout lorsque celles-ci sont des petites et moyennes entreprises ou *a fortiori* des petits paysans, pour lutter contre la concurrence féroce des grandes firmes transnationales.

Les obligations de résultats

Il est également prévu dans cet accord qu'un État ne pourra obliger un investisseur à adopter certains comportements contrevenant aux règles du marché mais qui, par ailleurs, pourraient très bien entrer, encore une fois, à l'intérieur de certaines stratégies de développement. Il est en effet interdit, par exemple, de forcer ceux-ci à :

- a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services;
- b) d'atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national,
- c) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire;
- d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement.
- e) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la vente des exportations ou aux entrées de devises; (...) ¹³.

Suivant la même logique, les États ne peuvent subordonner l'octroi de quelque avantage que ce soit (des subventions par exemple) à l'atteinte de la majorité de ces résultats¹⁴.

On tente, encore une fois, de cacher les intérêts des grandes firmes transnationales derrière l'«obligation» de faire disparaître les distorsions du marché. Mais ces «distorsions» qui sont dorénavant interdites, permettaient autrefois aux États de maximiser les avantages tirés des investissements étrangers, par exemple en forçant ceux-ci à utiliser des services et des produits, offerts et créés, à l'intérieur du pays, ce qui permettait d'une part la composition ou le renforcement d'une bourgeoisie compradore, d'autre part et par extension de créer des emplois au pays. Cette possibilité n'existe plus pour les États.

¹² Voir par exemple: E. Pineault, «L'AMI, constitution pour une économie globalisée? Un rappel des faits et une interprétation de leur signification sociale» dans M. Freitag et E. Pineault, dir., *Le monde enchaîné*, éd. Nota Bene, Montréal, 1999, 35 notamment aux pp. 44 et s..

¹³ ALÉNA, *Supra* note 7, art. 1106 (1)

¹⁴ *Ibid*, art. 1106 (3).

Les transferts

Nous avons pu constater au cours des dernières années jusqu'à quel point l'instabilité qui pouvait être créée par les retraits rapides de capitaux pouvaient être néfastes à une économie nationale, et *a fortiori* à l'économie d'un pays en développement; la crise mexicaine et la crise en Asie sont là pour convaincre ceux qui seraient encore sceptiques. Le Chili l'a compris depuis longtemps en instaurant des lois qui assurent une certaine stabilité des capitaux étrangers à l'intérieur du pays et qui préviennent, jusqu'à un certain point, les fuites de capitaux. Le maintien de ces lois est d'ailleurs inclus dans les réserves que le pays a émises lors de la conclusion de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*¹⁵. Ces réserves permettent par exemple au Chili d'empêcher que des capitaux fuient le pays avant qu'une certaine période de temps ne se soit écoulée depuis leur arrivée au pays, et, dans le cas d'un investissement autre qu'un investissement étranger direct, qu'une réserve pouvant aller jusqu'à 30% de l'investissement soit constituée. Il est possible que même dans un accord régional comme la ZLÉA, et malgré la présence dans ce forum des États-Unis, un pays comme le Chili soit capable d'insérer une telle réserve. D'ailleurs, dans le traité bilatéral d'investissement que les Américains ont conclu avec la Jamaïque, il existe une telle clause qui permet à ce dernier d'exercer un certain contrôle sur les transferts de capitaux¹⁶.

À l'intérieur de l'ALÉNA, aucun pays n'a inséré de réserve lui permettant de contrôler, en tout temps, les transferts de capitaux en provenance de son territoire, mais il existe toutefois, à l'intérieur de celui-ci, une clause de sauvegarde qui permet à un pays de contrôler ceux-ci lorsque l'équilibre de sa balance des paiements «éprouve ou risque d'éprouver de graves difficultés»¹⁷. Dans un tel cas, le pays ciblé devra soumettre son cas au Fonds monétaire international et engager des consultations avec celui-ci afin d'établir un plan d'action sur les «mesures d'ajustements économiques visant à remédier aux problèmes économiques fondamentaux à la source des difficultés»¹⁸. Le pays devra également s'engager à n'exercer un tel contrôle que de façon temporaire et à supprimer celui-ci progressivement à mesure que la situation s'améliorera¹⁹.

¹⁵ *Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*, 5 décembre 1996, 36 I.L.M. 1193 (entrée en vigueur: 2 juin 1997), annexe G-09.1.

¹⁶ *Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 4 février 1994, en ligne: Organization of American States <http://www.oas.org/bits/jamus_e.stm> (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 7 mars 1997), art. IV (1) (e).

¹⁷ ALÉNA, *supra* note 7, art. 2104 (1).

¹⁸ *Ibid*, art. 2104 (2) b).

¹⁹ *Ibid*, art. 2104 (3) (c).

L'obligation des États de respecter les normes minimales de traitement

L'article 1105 de l'ALÉNA demande aux États d'accorder aux investisseurs des autres parties «un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale»²⁰. De plus, dans une note interprétative visant à éclaircir l'accord, la *Commission du libre-échange de l'ALÉNA* a statué le 31 juillet 2001 que: “[l]’article 1105(1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l’égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d’une autre Partie” et que “[l]es concepts de “traitement juste et équitable” et de “protection et sécurité intégrales” ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l’égard des étrangers”²¹. Toutefois, en dépit de cette note d'interprétation, cet article cause certains problèmes car le concept de traitement juste et équitable n'est expliqué à aucun endroit à l'intérieur du traité. De plus, le droit coutumier de même que la doctrine semblent très confus à son sujet.

D'entrée de jeu, évoquons Romero qui croit que les concepts de “norme minimale de traitement” et de “traitement juste et équitable” sont liés, voire équivalents²². Or, Juillard justement affirme que ce concept de traitement juste et équitable lui-même en est un extrêmement flou qui ne semble pas avoir de définition bien précise²³. Mais son importance dans les poursuites intentées en vertu de l'ALÉNA²⁴ nous force à lui trouver au moins un certain cadre, un certain contenu. S'attelant à cette tâche, Carreau et al. définissent un traitement équitable comme étant la garantie que l'État d'accueil : assurerait un équilibre satisfaisant entre les intérêts de l'investisseur, d'un premier côté, de l'État de nationalité de cet investisseur, d'un deuxième côté, et de l'État de territorialité de l'investissement, d'un troisième côté, puisque tous les trois sont parties prenantes à l'opération d'investissement²⁵. un traitement équitable comme étant la garanti que:

[l]e traitement assuré à l'investissement international ne saurait violer le traitement que lui accorde le droit national; le traitement accordé à l'investissement par le droit national ne saurait violer le traitement qu'exigent l'ensemble des sources combinées du droit international²⁶.

²⁰ *Ibid*, art. 1105 (1).

²¹ Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001, en ligne Ministère des affaires étrangères et du commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFT-Interpr-f.asp>> (Date d'accès: 27 septembre 2001), points 1 et 2.

²² M. Romero Jimerez, “Considerations of NAFTA Chapter 11” (2001) *Chi. J. Int'l L.* 243 à la p. 244.

²³ P. Juillard, «Investissements» (1992) 38 *AFDI* 779 à la p791.

²⁴ Voir *Infra* partie 2.

²⁵ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 4e édition, Paris, LGDJ, 1998, à la p. 456.

²⁶ *Ibid*, à la p. 456

De ces observations nous retiendrons donc la conformité entre le droit interne et le droit international d'une part, et l'obligation d'une conformité entre les décisions judiciaires et les actions législatives d'autre part. Il s'agirait donc, par ce traitement juste et équitable, de respecter un certain standard minimal, tel que proposé dans la doctrine par certains auteurs. On comprendra donc l'insertion du respect d'un traitement «juste et équitable» à l'ALÉNA comme étant en quelque sorte l'obligation des États de respecter, dans leurs relations entre eux et les autres contractants, ce standard minimal.

Qu'obligerait alors ce standard minimal? C'est ici que les choses se corsent. Laviéc nomme un élément d'extrême pertinence, celui du droit absolu d'un investisseur étranger de pouvoir ester en justice pour obtenir réparation à un dommage. «En d'autres termes, il existe des obligations englobées sous l'interdiction d'un déni de justice»²⁷. On revient en quelque sorte à l'obligation des tribunaux nationaux de faire respecter les décisions législatives, quel qu'en soit le demandeur. Il rattache cette obligation au concept de traitement juste et équitable mais selon notre interprétation, et par extension, on peut dire qu'elle est incluse dans le standard minimal de traitement des investissements. Cette possibilité de pouvoir ester devant les tribunaux nationaux laisse cependant les investisseurs occidentaux largement insatisfaits. Car, comme on le verra dans la partie traitant du règlement des différends, ceux-ci cherchent depuis quelques décennies à pouvoir porter devant des tribunaux internationaux les différends avec les États d'accueil.

Il s'agirait aussi peut-être de l'obligation de respecter les principes généraux de droit, cités par ailleurs par l'article 38 du Statut de la CIJ, et dont parlent plusieurs auteurs. Au sujet de ces principes généraux de droit toutefois, la doctrine est divisée sur la question de savoir si certains de ces principes s'appliquent au droit de l'investissement international. Les auteurs consultés sont même très prudents quand vient le temps d'identifier clairement ces principes généraux de droit.

Sornajah souligne qu'il existerait certains principes généraux de droit comme l'inviolabilité des contrats qui empêchent un État de modifier un contrat unilatéralement²⁸. Mais il souligne en même temps que leur interprétation a souvent été faite par les tribunaux à l'avantage des investisseurs, ce qui les rend souvent peu acceptables par les États,²⁹ principalement par les États du Sud fortement importateurs de capitaux.

Pour leur part, Carreau et al. soulignent qu'avant les indépendances des dernières colonies au cours des années 60, les pays du Nord avaient affirmé l'importance de certains principes généraux de droit.³⁰ Les pays du Sud, principalement après les

²⁷ J.P. Laviéc, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, à la p. 87.

²⁸ M. Sornajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, à la p.77.

²⁹ *Ibid*, aux pp.77-78.

³⁰ D. Carreau et P. Juillard, *supra* note 25, à la p. 455.

années 60, ont toutefois récusé ces principes (tout comme les normes de droit coutumier) en soutenant que ceux-ci avaient été mis en place à l'époque où la majorité d'eux-mêmes étaient absents de la scène internationale. Ils ont donc, à ce sujet comme dans bien d'autres, privilégié les sources conventionnelles et les résolutions des organisations internationales pour remettre en cause le droit existant.

Or, pour en revenir aux normes minimales de traitement que les États doivent accorder aux investisseurs étrangers en vertu de l'ALÉNA, on doit dire qu'il est très hasardeux d'en définir le concept de façon concrète. Ce qui n'empêche toutefois pas les investisseurs de l'utiliser à toutes les sauces comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin. Pour l'instant, cet article semble en effet être celui qui est utilisé par les investisseurs lorsqu'ils sont insatisfaits du traitement qui leur a été réservé par l'État d'accueil, mais qu'ils sont incapables de faire entrer ce traitement à l'intérieur d'un autre article de l'accord. Il était également souvent utilisé par les investisseurs de façon parallèle aux autres articles dans la mesure où, comme nous le verrons plus loin, plusieurs d'entre eux ont plaidé pour une définition de cet article qui signifiait que dès le moment où le pays d'accueil a commis une quelconque violation du chapitre 11, il aurait également violé ses obligations de respecter les normes minimales de traitement. Or, dans sa note d'interprétation, la *Commission du libre-échange* a remis les choses au clair en affirmant que : "[l]a constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALÉNA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y a eu violation de l'article 1105(1)"³¹

Les expropriations

La protection à accorder aux entreprises étrangères contre les expropriations et les nationalisations a été au cœur des débats sur l'évolution du droit international de l'investissement au cours des années 60 et 70. À cette époque, la prise de contrôle collective des piliers économiques était une stratégie de développement très prisée dans les pays du Sud et ces mesures heurtaient, on s'en doute, les intérêts des pays qui exportaient des capitaux dans ces régions. Ces mesures tendaient à unir les différentes classes de la population contre les stratégies impérialistes des multinationales occidentales et les pays les protégeant. On assista alors à des débats enflammés à l'ONU sur l'évolution souhaitée du droit international de l'investissement et, de façon plus générale, sur le Nouvel ordre économique international, débats qui ont culminé avec l'adoption de la *Charte des droits et devoirs économiques des États*³².

Ces débats portaient alors sur la légalité des nationalisations et sur la façon d'indemniser les investisseurs qui avaient vu leurs droits être violés. On s'entendait toutefois en gros sur les définitions à donner aux concepts de nationalisation et

³¹ *Commission du libre-échange de l'ALÉNA*, supra note 21, point 3.

³² *Charte des droits et devoirs économiques des États*. Rés. AG 3281, Doc. Off. AG NU, 29e session, supp. No 31, Doc. NU A/9631 (1974) 50; aussi dans 14 I.L.M. 251.

d'expropriation, qui demeurent jusqu'à ce jour les définitions qu'en donne la doctrine. Pour celle-ci, et même dans des ouvrages récents, il semble que l'expropriation se réfère au concept issu de la doctrine anglo-saxonne «*taking of property*» et qu'elle comporte deux éléments: 1-un acte de l'État; 2- un transfert de propriété³³. Carreau et al. en parlent comme étant une mesure administrative, faite sous le contrôle des juges, visant des biens particuliers et individualisés, et ayant comme objectif «la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, mais de portée locale»³⁴. Pour ce qui est des nationalisations, elles auraient comme objectif, selon Laviec, la «réforme de structures économiques de grande envergure» et son but serait souvent lié au «droit souverain et inaliénable de choisir son système économique»³⁵. Carreau et al. vont dans le même sens, en la distinguant de l'expropriation en ce sens qu'elle serait la concrétisation d'un acte législatif, échappant à tout contrôle juridique, visant une «collection de biens, qui ne sont pas nécessairement individualisés» et ayant pour objet «la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, mais de portée nationale»³⁶. Il était donc bien clair qu'il s'agissait d'un changement de propriété, de l'investisseur individuel à l'État.

Dans la doctrine datant de quelques années, certains auteurs soulèvent bien certaines questions à ce sujet, mais du bout des lèvres. Laviec par exemple, se demandait si certaines actions gouvernementales, telles qu'«[u]ne nouvelle mesure fiscale, [ou] un nouveau règlement d'urbanisme limitant le droit de construction» ne pourraient pas être considérées comme étant des expropriations parce qu'elle «réduisent le revenu d'un propriétaire ou restreignent ses droits d'utilisation et de jouissance»³⁷. Dans la littérature plus récente toutefois, une tendance semble s'élever pour dire que la définition de l'expropriation et de la nationalisation a toujours inclus les expropriations indirectes³⁸. À l'intérieur du droit conventionnel, le traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et Haïti (qui n'est toutefois jamais entré en vigueur parce que non ratifié) soulève également certaines interrogations en incluant «le prélèvement de taxes» dans la définition de l'expropriation³⁹. Il est difficile de savoir si les négociateurs canadiens, Mexicains et Américains avaient en tête ces exceptions quand ils ont rédigé le libellé de l'article 1110 qui porte sur les expropriations.

Cet article se lit comme suit:

Aucune des Parties ne pourra, *directement ou indirectement*, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, *ni*

³³ J.P.Laviec, *supra* note 27, à la p.161.

³⁴ D. Carreau et P. Juillard, *Supra* note 25, à la p.523.

³⁵ J.P. Laviec, *Supra*, note 27, à la p.160.

³⁶ D. Carreau et P. Juillard, *Supra* note 25, aux pp. 522-523.

³⁷ J. P. Laviec, *Supra* note 27, à la page 165.

³⁸ C.N. Brower et L.A. Steeven, "Who then should judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11" (2001) 2 *Chi.J. Int'l L.* 193, aux pp. 198-199.

³⁹ *Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement of Investment*, 13 décembre 1983, (en ligne): Organisation of American States <www.sice.oas.org/bits/usahai_e.stm> (non en vigueur)..

prendre une mesure équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf:

- a) pour une raison d'intérêt public;
- b) sur une base non discriminatoire
- c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et
- d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.»⁴⁰.

Ce libellé était relativement conforme au droit coutumier préexistant. Il ne devait pas, à part l'ajout des «mesures équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation», prêter à la controverse. Il n'avait à l'origine comme objectif que d'assurer le droit de propriété privée des investisseurs sur les moyens de production qu'ils avaient acquis à l'étranger. On verra cependant dans la seconde partie que les récentes poursuites faites en vertu de l'article 11 contredisent cette analyse. En obligeant un État à verser une indemnisation à un investisseur étranger qui a subi des dommages suite à une mesure *équivalente* à une nationalisation ou à une expropriation de son investissement, mais en ne définissant pas clairement jusqu'où cet *équivalent* pouvait aller, les négociateurs prenaient de grandes chances de voir cet article être utilisé régulièrement par les investisseurs internationaux pour défier les mesures leur causant (légitimement?) du tort. Faut-il se surprendre des poursuites qui sont intentées actuellement en vertu de cet article? Un observateur attentif aurait probablement constaté que celles-ci étaient prévisibles et inévitables.

Le mécanisme de règlement des différends

Le mécanisme de règlement des différends à l'intérieur de l'ALÉNA a déjà été le sujet d'une abondante littérature depuis l'entrée en vigueur de cet accord en 1994⁴¹. Allons-y toutefois d'une remarque introductive afin de bien replacer celui-ci dans son contexte économique-politique.

Les modes de règlement des différends relatifs aux investissements ont été, eux aussi, au centre de querelles importantes entre les pays exportateurs de capitaux

⁴⁰ ALÉNA, *Supra* note 7, art. 1110 [c'est nous qui soulignons].

⁴¹ Voir à travers cette liste non exhaustive: D.R. Adair, *supra* note 6; 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; 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; J.R. Holbein et G. Carpentier «Trade Agreement and the Dispute Settlement Mechanism in the Western Hemisphere» (1993) 25 *Case W. Res. In'l L.* 531; D. Lopez «Dispute Resolution under a Free Trade Area of the Americas: The Shape of Things to Come» *U. Miami Inter-Am. L. R.* 597; et 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.

(principalement les pays occidentaux) et les pays importateurs de ceux-ci (majoritairement les pays en développement. Les seconds tenaient à ce que ces conflits soient réglés selon les règles de droit interne, et devant les tribunaux nationaux. En Amérique latine, cette conception a été concrétisée par la fameuse doctrine Calvo qui refusait aux étrangers tout traitement de faveur lors de différends avec l'État tels qu'un recours à un tribunal arbitral international ou la protection diplomatique⁴². À l'inverse, pour les investisseurs et les pays exportateurs de capitaux qui ne faisaient souvent pas confiance aux tribunaux internes des pays recevant leurs capitaux, l'objectif a toujours été d'internationaliser le différend, en utilisant le droit international (qu'ils ont, en grande partie, créé alors que la majorité des pays en développement n'étaient encore que des colonies et ne participaient donc pas à ce processus d'affirmation du droit) et des tribunaux arbitraux internationaux. Il s'agit donc de «dépolitiser»⁴³ les différends, dans l'optique idéologique que seul le marché doit influencer le commerce et, dans ce cas, le flux d'investissements, et que laisser les tribunaux nationaux (qu'on suppose partiels et subordonnés aux pouvoirs exécutif et législatif qui ont pris ces décisions envers les étrangers) juger les conflits entre les investisseurs étrangers et l'État, c'est permettre à l'État d'intervenir injustement dans l'économie. L'obligation d'avoir recours à des tribunaux nationaux étrangers s'avérait insatisfaisante pour les investisseurs pour plusieurs raisons, dont: «le refus des cours domestiques de faire appliquer concrètement leurs sentences, la non-application des standards de droit international sur le traitement des étrangers, et la politisation et la haute visibilité de certains différends», ainsi que le constat que les tribunaux internes sont souvent enclins à protéger ce qu'ils jugent être l'intérêt national, au discrédit de procès justes et équitables⁴⁴.

Lors des négociations pour la conclusion de l'ALÉNA, il était donc essentiel aux yeux des négociateurs américains d'insérer un tel recours à des tribunaux arbitraux internationaux, à cause des problèmes avec le Mexique à ce propos. En effet, les cours mexicaines avaient acquis la réputation de favoriser le gouvernement lors de poursuites par des étrangers contre celui-ci en matière d'expropriation et de nationalisation⁴⁵. De plus, en ce qui concerne le Canada, ils étaient inquiets de voir que ce pays n'avait pas, dans sa constitution, de mesures assurant qu'un individu voyant sa

⁴² Sur la doctrine Calvo, voir C.K. Dalrymple, «Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause» (1996) *Cornell Int'l L. Journal* 161 et S.K.B. Assante, «Droit international et investissements» dans M. Bedjaoui, dir. *Droit international: Bilan et perspective*, tome 2, Paris, A. Pédone, 1991, 711.

⁴³ Selon le terme qu'utilise Toope dans son ouvrage; S.J. Toope, *Mixed international arbitration*, Cambridge, Grotius publication limited, 1990.

⁴⁴ K.L. Oelstrom, «A Treaty for the Future: The Dispute Settlement Mechanism of the NAFTA» (1994) 25 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 783 aux pages 801-803 [notre traduction].

⁴⁵ 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 à la page 125; et H. Mann et K. Von Moltke, *supra* note 11, à la p. 12.

propriété expropriée pour des raisons publiques soit indemnisé selon les standards internationaux⁴⁶.

Nous connaissons, ou plutôt nous apprenons à connaître graduellement le résultat juridique de ces craintes des négociateurs américains; le mécanisme de règlement des différends a beaucoup fait parler de lui à cause des récentes poursuites intentées par des investisseurs étrangers contre le Canada, le Mexique et les États-Unis⁴⁷. Celui-ci permet à un investisseur au nom d'une entreprise⁴⁸ ou en son nom propre⁴⁹ d'intenter une poursuite contre un État si celui-ci a manqué à une obligation découlant notamment du chapitre 11 sur les investissements, et s'il a subi des pertes ou des dommages en raison de ce manquement. Ainsi, cet investisseur pourra soumettre cette plainte à l'arbitrage en vertu de la convention ou du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, ou des règles d'arbitrage de la CNUDCI⁵⁰ s'il renonce à exercer ses droits devant des tribunaux internes du pays visé par la poursuite⁵¹. Les États eux-mêmes sont échaudés par les résultats de ce mécanisme. La position du Canada face à celui-ci est d'ailleurs la suivante: Nous ne cherchons plus à introduire un tel mécanisme dans un accord de commerce⁵².

Un tel mode de règlement des différends a le grand défaut d'établir un régime où l'investisseur étranger est mieux traité que l'investisseur national. En effet, alors que ce dernier n'a comme recours que l'accès aux tribunaux nationaux, le premier a le choix entre ceux-ci ou un panel d'arbitre international. Ce qui est complètement contraire aux objectifs annoncés qui étaient d'établir un mécanisme assurant «un traitement égal aux investisseurs des Parties»⁵³ et favorise nettement (encore une fois) les grandes firmes multinationales et les investisseurs étrangers au détriment des entreprises nationales plus modestes.

Enfin, comme le soulignent Mann et von Moltke, le fait que les panels ne soient pas liés justement aux résultats des panels précédents apporte une dose d'incertitude dans ces poursuites. Alors qu'un des objectifs de la règle de droit est, justement, de rendre le résultat des tribunaux et des panels d'arbitrage prévisibles et homogènes, rien n'empêche un panel de rendre une décision qui serait complètement différente de celle rendue par un panel précédent⁵⁴.

⁴⁶ H. Mann et K. Von Moltke, *Idem*. Notons qu'il n'existait pas de tel mécanisme de mécanisme permettant à un investisseur de poursuivre directement un État dans l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis.

⁴⁷ Voir *Infra*, partie 2.

⁴⁸ ALÉNA, *Supra* note 7, art. 1117.

⁴⁹ *Idem*, art. 1116.

⁵⁰ *Idem*, art. 1120 (1).

⁵¹ *Idem*, art. 1121 (1) a).

⁵² H. Scoffield, "Pettigrew rejects NAFTA dispute model" *The Globe and Mail* (6 avril 2000) B-5.

⁵³ *Idem*, art. 1115.

⁵⁴ H. Mann et K. Von Moltke, *Supra* note 11, à la page 20.

LES POURSUITES INTENTÉES EN VERTU DU CHAPITRE 11

La lecture du chapitre 11 de l'ALÉNA pouvait laisser croire que celui-ci serait particulièrement profitable aux firmes transnationales exploitant des investissements en Amérique du Nord. En effet, la «dépolitisation» des normes juridiques, c'est-à-dire l'impossibilité des États d'imposer un traitement discriminatoire aux investisseurs étrangers pour, par exemple, protéger des investisseurs nationaux moins puissants économiquement, a eu pour résultat de mettre chacun de ces acteurs économiques sur un pied d'égalité juridique. Cette égalité juridique ne pouvait que favoriser les acteurs les plus forts économiquement, ceux-ci pouvant dès lors, grâce à un capital de départ plus important, à une meilleure expertise en marketing, à une technologie plus avancée, se débarrasser des concurrents moins importants. Curieusement toutefois, ce sont principalement les entreprises les plus modestes qui profitent de ce chapitre par le biais du mécanisme de règlement des différends (à cet égard, la compagnie UPS fait, jusqu'à présent, figure d'exception). Cette situation peut, peut-être, être expliquée par le fait que les entreprises trans-nationales étrangères possèdent des réseaux politiques leur permettant de faire valoir leurs intérêts auprès des gouvernements des États accueillant leurs investissements.

Signalons avant d'étudier certaines de ces poursuites que contrairement à la première version de ce travail, nous n'allons pas donner une explication pour chacune des poursuites intentées contre un des trois pays. À cause du nombre de plus en plus grand de ces poursuites, nous n'allons n'expliquer que celles intentées contre le Canada ou dont le résultat final est connu.

Signa S.A. de C.C. contre le Canada⁵⁵

La première entreprise à envisager sérieusement une poursuite en vertu du chapitre 11 a été, contrairement aux attentes, prise de la part d'une compagnie mexicaine, Signa S.A. de C.V., partenaire de la compagnie canadienne Apothex inc.. Cette compagnie s'attaquait au changement dans la législation canadienne en ce qui a trait aux droits sur les brevets. C'est qu'en 1993, Ottawa, cédant aux pressions de l'industrie pharmaceutique, fit passer la durée maximale pendant laquelle un brevet est protégé de 10 à 20 ans. En retour, la *Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (PMAC) promit d'augmenter ses investissements en recherche et développement au Canada de 10% entre 1993 et 1996. En d'autres termes, il s'agit d'un arrangement politique afin de favoriser la création d'emplois dans un secteur précis, celui de la recherche et développement dans le secteur pharmaceutique.

⁵⁵ Les informations sur cette poursuite ont été recueillies grâce aux sources suivantes: S. Ganguly, *supra* note 45, à la p. 144; «Canadian Generic-Drug Rules Challenged» *The Financial Post [de Toronto]* (13 mars 1996) 4; *First-Ever Lawsuit Canadian Government Using NAFTA Investor-State Process*, en ligne: Appleton & Associates <<http://www.appletonlaw.com/4b4signa.htm>> (date d'accès: 23 mars 2000); H. Mann et K. von Moltke, *Supra* note 11.

Cependant, Signa considérait que la longueur de cette période l'empêchait de profiter pleinement de ses possibilités de bénéfices et la privait directement d'une somme mensuelle de 800 000\$, alors que son associé, Apotex, estimait pour sa part que ce chiffre s'élevait à 3 millions. Selon Signa, cette nouvelle législation violait l'article 1105 de l'ALÉNA qui promet un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers.

C'est ainsi qu'en mars 1996, Signa déposa un avis au gouvernement canadien comme quoi elle intentait une poursuite à son égard pour un montant de 50 millions\$. Le manque d'informations sur cette cause nous empêche d'apprécier pleinement le jugement juridique de Signa. Il y a toutefois fort à parier que celui-ci n'était pas des plus solides puisque la poursuite a été rapidement abandonnée par Signa. Cependant, cette première attaque juridique en vertu du chapitre 11 permit à certains de prendre conscience de la portée de celui-ci. Barry Appleton, avocat principal de Signa, évoqua alors en entrevue que :

[c'était] la première fois que le processus de règlement des différends investisseur-État de l'ALÉNA est utilisé. Il donne à l'investisseur des pays membres de l'ALÉNA la capacité de poursuivre un autre pays membre. Cependant, la possibilité de poursuites sous ce processus est, jusqu'à présent, loin d'être pleinement utilisé puisqu'il pourrait être utilisé par plus de 350 millions d'individus et d'entreprises à travers des États de l'ALÉNA⁵⁶.

Il s'agissait également d'un premier aperçu des actions que pourraient éventuellement prendre les investisseurs étrangers à l'égard de la possibilité des États de définir certaines stratégies de développement qui nuisent à leur possibilité de faire du profit.

⁵⁶ *First-Ever Lawsuit Canadian Government Using NAFTA Investor-State Process, Idem* [notre traduction].

Ethyl contre le Canada⁵⁷

La seconde poursuite, qui demeure celle qui a été la plus médiatisée à ce jour, concerne Ethyl, une compagnie américaine se spécialisant dans la fabrication de MMT, un additif ajouté à l'essence au Canada depuis 1977. L'utilité de cet additif, selon Ethyl et les compagnies pétrolières qui, dans ce débat, se sont rangé du côté d'Ethyl, est double. D'abord, il facilite le raffinage du pétrole; son interdiction obligerait les compagnies à dépenser 69 millions de dollars supplémentaires pour celui-ci. Ensuite, en améliorant la performance du pétrole, elle permet de couper les émissions d'oxyde de nitrogène et de monoxyde de carbone de 20%. De plus, les faits apportés comme on le verra par le gouvernement canadien et prouvant que le MMT est nuisible pour la santé des gens et pour l'environnement seraient, selon Ethyl et les pétrolières, nettement insuffisants.

Ce qui n'est pas l'avis des fabricants automobiles et de plusieurs scientifiques. Les premiers soutiennent d'abord que le MMT augmente le brouillard causé par les hydrocarbonés et cause des dommages importants aux automobiles en les encrassant. Les seconds pour leur part, soulignent plutôt les risques du MMT pour l'environnement et la santé des gens. Par exemple, dans une lettre qu'il a envoyée au journal *Le Devoir* et qui a paru le 28 juin 1999, Jacques Larochelle, professeur de biologie à l'Université Laval, faisait remarquer que:

[m]ême avant la suspension de la loi sur le MMT, il y avait pourtant nombre d'indications à l'effet que le manganèse inhalé pouvait, comme le plomb, se concentrer dans le cerveau humain et causer des maladies graves. Ces indications étaient suffisantes pour que le MMT ne soit pas employé aux États-Unis parce que, selon la déclaration faite par l'administratrice en chef de l'EPA (l'Environmental Protection Agency) en 1995, «le public américain ne devait pas être utilisé comme laboratoire pour tester le caractère sécuritaire du MMT»⁵⁸.

⁵⁷ Pour les débats environnementaux entourant le cas Ethyl voir en particulier: W. Stewart, «Fuel Deficiency» *Canadian-geographic* 119:4 (mai/juin 1999) 72, ainsi que J. Larochelle, «Main basse sur la démocratie. A l'époque, les négociateurs américain voulaient un contrôle qui échappe à toute réglementation du gouvernement canadien», *Le Devoir [de Montréal]* 28 juin 1999 p. A-7. Pour les aspects et les débats juridiques, voir (en ligne) Appleton & associates, <<http://www.appletonlaw.com/cases/>> (date d'accès: 10 mars 2000) qui offre notamment la sentence de la CNUDCI sur la juridiction ainsi que le plaidoyer de la défense; (en ligne) Friends of the Earth <<http://www.foe.org>> (date d'accès: premier octobre 1999); (en ligne) Public Citizen <<http://www.tradewatch.org>> (date d'accès: premier octobre 1999); H Mann et K. Von Moltke, *supra* note 11; ainsi qu'une multitude d'article de journaux tels que L. Herman, «Expropriation' takes on new Meaning: MMT cases sets far-reaching precedent» *The Financial Post* 28 juillet 1998 p. 13; G. Monbiot, «Running on MMT» *The Gardian [de Londres]* 13 août 1998.

⁵⁸ J. Larochelle, *ibid* [c'est nous qui soulignons].

Fait à souligner, cet additif était interdit dans la majorité des pays, ce qui faisait du Canada le marché principal de son producteur, la compagnie américaine Ethyl Corporation⁵⁹.

C'est devant de telles indications sur les risques du MMT que le gouvernement canadien, en juin 1997, interdit l'importation et le transport inter-provincial de ce produit (à cause du manque de preuves toutefois, le Canada ne put agir grâce à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, ce qui lui aurait permis d'interdire l'utilisation du MMT), ce qui déclenche la furie d'Ethyl évidemment, mais aussi de quatre provinces canadiennes (Alberta, Saskatchewan, Québec et Nouvelle-Écosse) qui soutinrent que le gouvernement fédéral n'avait pas le droit d'agir de façon à restreindre le commerce inter-provincial. Ainsi, pendant qu'Ethyl annonçait qu'elle poursuivait le Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, les quatre provinces et Ottawa débattaient de la question devant un tribunal arbitral qui donna raison aux premières et força le second à désavouer sa loi⁶⁰.

En vue d'augmenter ses chances de se voir indemniser, et peut-être parce que le mécanisme de règlement des différends investisseur-État n'avait pas, encore à cette époque, fait ses preuves, Ethyl demanda également à Washington d'entreprendre des démarches semblables, mais en vertu du processus inter-étatique, qui est plus conforme aux règles traditionnelles de droit international. Toutefois, Washington offrit à cette demande une fin de non-recevoir.

Ethyl demanda donc la convocation d'un panel d'arbitre selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI en ayant l'intention d'y demander la somme de 251 millions de dollars au gouvernement canadiens soutenant que celui-ci avait brisé certaines obligations insérées dans l'ALÉNA. En effet, affirma Ethyl, le Canada a d'abord violé ses obligations d'accorder le traitement national aux investisseurs étrangers (art. 1102) car les mesures prises favorisaient fortement les producteurs canadiens d'additifs alternatifs. Il lui a aussi imposé des obligations de résultat, contrairement à ce que prévoit l'article 1106 de l'ALÉNA car une interdiction de commerce inter-provincial du MMT obligeait Ethyl à construire une usine dans chacune des provinces où elle avait l'intention de vendre son produit. Enfin, les mesures prises par le Canada pouvaient être considérées comme étant une expropriation puisqu'en nuisant à sa possibilité de faire des profits, elles empêchaient la compagnie de jouir pleinement de ses biens et de sa propriété. Le point principal de l'argumentation d'Ethyl restait le fait que, selon elle, les risques pour la santé n'étaient toujours pas prouvées à ce moment.

⁵⁹ Il était interdit jusqu'en 1995 au États-Unis. Cette année là, l'Agence américaine de protection de l'environnement fut obligée par un ordre de la court de légaliser l'utilisation et le commerce du MMT. Voir W. Stewart, *supra* note 57, à la p.80.

⁶⁰ *Rapport du groupe spécial constitué en vertu de l'article 1704 concernant le différend entre l'Alberta et le Canada relativement à la Loi sur les additifs à base de manganèse*, (1998) 97/98-15-MMT-P058F.

Devant les conseils de ses avocats qui considéraient que les chances de succès du Canada devant un panel d'arbitres étaient presque égales à zéro, Ottawa a décidé de conclure un arrangement hors-cour avec Ethyl, lui accordant 13 millions de \$ U.S. ainsi qu'une lettre confirmant l'absence de risques du MMT sur la santé et l'environnement. Au plan juridique, il s'agissait de l'abandon par le Canada du principe de précaution qui prévoit qu'un État peut suspendre les privilèges accordés à un produit ou à un investisseur en vertu d'un accord de libre-échange ou de libéralisation des investissements parce qu'il a des *doutes valables*, et non pas obligatoirement des *preuves* que ce produit est malsain⁶¹. D'autre part, une décision du panel arbitral composé afin de régler le différend entre Ottawa et les quatre provinces contestant la nouvelle loi donna raison à ces dernières et obligea le gouvernement fédéral à désavouer cette loi⁶².

Cet épisode souleva un tollé dans les groupes environnementalistes qui envisageaient déjà avec frayeur les effets d'une contestation quasi systématique d'éventuelles lois jugées essentielles pour la protection de l'environnement si celles-ci étaient jugées néfastes par les entrepreneurs internationaux. Ceux-ci soutenaient qu'il était difficilement contestable que le gouvernement canadien avait agi en vue d'assurer la protection de la santé publique, et non avec un objectif protectionniste⁶³. Alors qu'il avait semblé à chacun que le chapitre 11 de l'*ALÉNA* ne visait qu'à assurer aux investisseurs internationaux qu'ils ne seraient pas maltraités lors d'un investissement à l'étranger, voilà plutôt que celui-ci, dès la première poursuite connue du grand public, était utilisé par un investisseur pour faire dominer un droit à la propriété privée étendu au maximum (puisqu'il comprenait cette fois là le droit de ne pas se faire exproprier d'éventuels profits) sur le droit de la communauté de jouir d'un environnement sain.

Metalclad contre le Mexique⁶⁴

Cette poursuite concerne l'utilisation d'un site d'enfouissement sanitaire que voulait utiliser la compagnie Metalclad mais qui était situé au-dessus d'une nappe d'eau phréatique servant à l'approvisionnement en eau potable des populations avoisinantes.

⁶¹ Sur le principe de précaution, voir: N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 6e édition, Paris, L.G.D.J., 1999, aux pp. 1255 à 1257.

⁶² *Rapport du groupe spécial constitué en vertu de l'article 1704 concernant le différend entre l'Alberta et le Canada relativement à la Loi sur les additifs à base de manganèse*, *supra* note 56.

⁶³ Voir notamment S. Ganguly, *supra* note 45, à la page 155. Tout en étant d'accord avec ce point, nous critiquons le comportement du gouvernement du Canada qui n'aurait pas encore entrepris d'études sérieuses sur les effets du MMT sur l'environnement et sur la santé de la population. Si Ottawa avait vraiment agi de bonne foi dans ce dossier, de telles études auraient probablement été entreprises dès le moment où les mesures législatives étaient envisagées.

⁶⁴ Pour cette poursuite, voir *Metalclad v. United States of Mexico Final Award* (Cas CIRDI No ARB(AF)/97/1, (2000) (Arbitres: E. Lauterpacht, B.R. Civiletti, J.L. Siqueiros).

C'est d'abord en 1990 que le gouvernement fédéral mexicain a accordé à la compagnie Coterin le droit de construire un site d'enfouissement de déchets dans la vallée de La Pedera près de la ville de Guadalcazar, État de San Luis Potosi au Mexique. Le droit d'exploiter ce terrain fut confirmé en janvier 1993 par Mexico. En 1993, Metalclad, par le biais d'une de ses filiales mexicaines, acheta Coterin dans l'espoir d'utiliser le site d'enfouissement de La Pedera. Au moment de l'achat, le site contenait 20000 tonnes de déchets toxiques entreposés sans aucun traitement.

Les litiges viennent, dans ce cas, des relations tendues qu'a entretenues la compagnie avec, d'une part, l'État de San Luis Potosi et, d'autre part, la ville de Guadalcazar. Même si ces deux instances étatiques affirment n'avoir jamais donné l'autorisation à la compagnie de construire et de débiter l'exploitation du site d'enfouissement, celle-ci en a rapidement commencé la construction. La municipalité refusait en effet d'accorder les permis nécessaires à sa construction avant que la compagnie n'ait traité les déchets déjà stationnés sur le terrain. Pour justifier sa décision de débiter la construction du site, la compagnie allègue que non seulement avait-elle l'appui et l'autorisation de ces autorités mais aussi que les délégués responsables du gouvernement mexicain l'avaient assurée que l'État et la municipalité lui avaient bien décernée les permis nécessaires à la construction et à l'exploitation du celui-ci.

Ainsi, même si deux études sérieuses affirmaient que la présence du site d'enfouissement au-dessus du site d'enfouissement était sans danger tant que la compagnie utilisait toutes les précautions nécessaires⁶⁵, la municipalité, faisant également écho aux pressions populaires, refusa, si on se range à sa version, de donner les permis nécessaires pour la construction du site, empêchant par le fait même l'utilisation du terrain. À la fin septembre 1997, le gouverneur de San Luis Potosi déclarait la majeure partie du terrain propriété de Metalclad comme étant une zone naturelle pour la protection d'une espèce de cactus rare.

Metalclad poursuivit donc le Mexique pour violation de l'article 1105 (normes minimales de traitement) et 1110 (expropriation).

Le tribunal devait tout d'abord se pencher sur la responsabilité internationale des instances infra-étatiques. En effet, si la ville de Guadalcazar et l'État de San Luis Potosi ne possédait pas de responsabilité juridique, la poursuite tomberait automatiquement à l'eau. Se référant toutefois à l'article 201 (2) de l'ALÉNA⁶⁶ ainsi

⁶⁵ En février 1995 la *Universidad autonoma de San Luis Potosi* rendait publique une étude qui affirmait que même si le site était situé au dessus de la nappe d'eau utilisée pour l'approvisionnement en eau potable des populations de la région, le site ne représentait aucun danger s'il était exploité correctement. Une autre étude vint, en mars de la même année, confirmer cette conclusion.

⁶⁶ "Aux fins du présent accord, et sauf stipulation contraire, toute mention d'un État ou d'une province comprend les administrations locales de cet État ou de cette province" *ALÉNA*, *Supra* note 7, art. 201 (2).

qu'au droit coutumier, le tribunal a statué que les actes d'une instance infra-étatique devraient être considérés comme étant un acte de l'État.

Ensuite, sur le premier grief concernant les violations des normes minimales de traitement, le tribunal décida de donner raison à Metalclad et ses commentaires à ce sujet sont intéressants afin d'éclaircir un peu ce concept. Le tribunal fait longuement mention de la transparence qui a manqué dans tout le processus d'octroi des différents permis devant être accordés à la compagnie. Il souligne que la transparence est un des objectifs inscrits dans les toutes premières pages de l'ALÉNA⁶⁷. D'une part, selon certains avis d'experts constitutionnels mexicains, la ville et l'État n'avaient pas la capacité juridique d'empêcher l'émission de permis pour des raisons environnementales. Le fait que celles-ci aient quand même agit de façon à empêcher Metalclad de jouir de sa propriété est un manquement au standard minimal de traitement. Ainsi, puisque "[l]'absence de règles claires instruisant sur la nécessité ou non d'un permis de construction municipal, aussi bien que l'absence de pratiques ou de procédures établies concernant la demande d'un tel permis laissent conclure à une faillite de la part du Mexique d'assurer la transparence demandée par l'ALÉNA⁶⁸".

Cette interprétation est contestée par un haut fonctionnaire mexicain dans un article publié au *Chicago Journal of International Law*. Dans cet article, il fait valoir que l'article 102(1) qui souligne l'obligation de transparence ne peut être à la base d'une violation du chapitre 11 et qu' "un tribunal n'a pas le pouvoir de créer plus d'obligations que celles qui ont été négociées par les Parties de l'ALÉNA dans le chapitre 11"⁶⁹

Par ailleurs, sur la violation alléguée de l'article 1110 concernant l'expropriation, le tribunal a commencé par donner des explications sur la portée à donner à la définition d'un investissement. Selon lui:

l'expropriation sous l'ALÉNA n'inclut pas seulement des prises de propriété ouvertes, délibérées et connues, comme les transferts de titres illégaux ou formels ou obligatoires en faveur de l'État d'accueil, mais couvre également les interférences accidentelles à l'utilisation de la propriété ayant comme effet de priver le propriétaire du tout ou d'une partie significative de l'utilisation de la propriété ou de *l'espoir raisonnable de recevoir des profits grâce à elle* même si l'acte ne profite pas directement à l'État d'accueil⁷⁰.

Or, selon le tribunal, en permettant à Guadalcazar d'empêcher Metalclad d'opérer le site d'enfouissement même si elle n'en avait pas la compétence constitutionnelle, Mexico a commis un acte assimilable à une expropriation, violant ainsi l'article 1110. Interprétation que conteste également Romero:

⁶⁷ *Ibid*, art. 102 (1).

⁶⁸ *Metalclad v. United States of Mexico Final Award*, *supra* note 64, par. 88 [notre traduction].

⁶⁹ M. Romero Jimenez, "Considerations of NAFTA Chapter 11" (2001) 2 *Ch. J. Int'l L.* 243 à la p. 248 [notre traduction].

⁷⁰ *Metalclad v. United States of Mexico Final Award*, *Supra* note 64, par. 103 [notre traduction, nos italiques].

Les considérations du tribunal qui lui ont permis d'interpréter la violation de l'article 1110(1) et qui sont basées sur une violation de l'article 1105(1) sont suspectes pour les raisons expliquées plus haut concernant la transparence. Ainsi, si le tribunal n'a pas de base pour supporter ses allégations concernant la violation de la norme minimale de traitement pour cause de manque de transparence, il n'a pas non plus de base pour conclure que les mesures équivalent à l'expropriation peuvent être fondées sur le manque de transparence dans la législation et les lois d'une Partie.

De plus, continue-t-il: "Selon moi, le tribunal a failli à considérer que ce genre d'actes doit être contesté devant le forum judiciaire et administratif domestique approprié"⁷¹.

Concernant la compensation à verser par le Mexique à l'investisseur, le tribunal reconnaît, en principe, la valeur des arguments de la compagnie lorsque celle-ci demande que lui soit accordée une somme équivalente aux profits espérés dans le futur. Toutefois, un tel calcul ne peut se faire que dans les cas où la compagnie opère ses activités depuis plusieurs années, permettant ainsi d'avoir une bonne idée de l'ampleur de ses bénéfices. Autrement, on ne doit se baser que sur la valeur de celle-ci sur le marché au moment où l'expropriation a eu lieu. Dans ce cas, le tribunal demande à l'État de verser la somme de 16 685 000 dollars à la compagnie.

Reprenant les arguments de Romero, le Mexique a tenté de faire casser le jugement devant la Cour Suprême de la Colombie-Britannique (on a choisi ce tribunal parce qu'il s'agissait du lieu où s'étaient tenues les procédures), alléguant que le tribunal arbitral avait dépassé ses compétences, mais cette requête fut rejetée⁷².

Robert Azinian et autres (Desona) contre le Mexique⁷³

Dans ce cas, la poursuite concerne un supposé bris de contrat effectué par le Mexique envers la propriété de la compagnie Desechos Solidos de Naucalpan S.A. de C.V. (Desona), dont les propriétaires, Robert Azinian, Kenneth Davitian et Ellen Baca sont citoyens américains.

En 1992, les demandeurs ont conclu une entente avec la cité de Naucalpan concernant le recyclage de déchets dans cette ville. Se présentant comme les propriétaires d'une compagnie (Global Waste Industries Inc.) possédant 40 ans d'expérience dans le domaine, ceux-ci promettaient alors au conseil de ville d'investir 20 millions de dollars dans le projet, dont 10 au moins auraient été utilisés afin d'acheter de l'équipement et afin d'améliorer la technologie dans le domaine. On

⁷¹ M. Romero Jimerez, *supra* note 69, à la p. 248 [notre traduction].

⁷² *The United Mexican States c. Metalclad Corporation*, [2001] BCSC 664.

⁷³ *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (Cas CIRDI no ARB(AF)/97/2) (1999) en ligne: CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mexico-e.pdf>> (date d'accès: 28 avril 2000) (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), (arbitres: B. R. Civiletti, C von Wobeser, J. Paulsson).

prévoyait également, à cette époque, investir dans une manufacture de véhicules spécialisés afin de fournir le bassin mexicain, mais aussi celui de l'Amérique central et de l'Amérique du Sud. Les demandeurs envisageaient enfin l'érection d'une centrale électrique. Pour atteindre leurs objectifs, les investisseurs avaient toutefois besoin de partenaires qui se seraient joints à eux pour la formation d'un consortium.

Toutefois, Desona s'avéra incapable de rencontrer ses obligations. On découvrit que les propriétaires n'avaient, contrairement à leurs prétentions, aucune expérience dans le domaine de la collecte de déchets, et que la compagnie Global Waste avait été mise en faillite quelques mois avant la signature du contrat, qu'elle ne possédait aucun véhicule et que, durant l'année qui avait précédé cette faillite, elle n'avait eu des revenus que de 30000 \$U.S.⁷⁴. Comme le notent les arbitres, et alors que le contrat de concession prévoyait que la compagnie utiliserait éventuellement 70 véhicules pour la collecte de déchets, Desona se montra «tout juste capable de financer l'acquisition de deux véhicules (et encore qu'ils n'étaient pas neufs), ou même de payer leurs employés»⁷⁵.

C'est devant cette incapacité de Desona de remplir ses obligations que le conseil de ville de Naucalpan annula le contrat et décida de s'occuper elle-même de la collecte. Ce qui ne satisfait pas du tout Desona qui, après s'être faite débouter par trois tribunaux internes mexicains, répliqua en envoyant une lettre au gouvernement signifiant son intention de porter l'affaire devant le CIRDI, tel que le lui permettait le chapitre 11 de l'ALÉNA. Déclarant que le Mexique, par l'entremise du conseil de ville de Naucalpan avait violé l'article 1110 sur les expropriations et l'article 1105 sur les normes minimales de traitement, les demandeurs réclamèrent la somme de 19,2 millions de dollars qui leur aurait permis de récupérer la perte de la valeur de l'investissement en tant que compagnie active (*ongoing enterprise*).

Le panel dut se pencher principalement sur ces deux questions. Nous verrons qu'en plus du fait que les futurs panels ne seront pas liés à cette décision⁷⁶, il y a assez peu à retenir de cette décision.

Tout d'abord, sur les normes minimales de traitement qui sont assurées par l'article 1105 et qui ont été soi-disant violées par les autorités mexicaines parce que le bris du contrat était motivé par des raisons non commerciales et que des compensations n'ont pas été payées suite à l'expropriation, les arbitres notent que les demandeurs ont, *de facto*, abandonné cette plainte au cours des procédures, réalisant probablement qu'il n'y avait pas eu là de violations du chapitre 11 autres que celles spécifiquement couvertes par l'article 1110 sur les expropriations⁷⁷.

⁷⁴ *Idem*, §29.

⁷⁵ *Idem*, §33 [notre traduction].

⁷⁶ Voir ALÉNA, *supra* note 7, art. 1131 qui exclut implicitement la jurisprudence du droit applicable par les panels d'arbitres, et art. 1136 qui prétend qu'une sentence n'aura aucune force obligatoire sauf entre les parties impliquées.

⁷⁷ *Robert Azinian and others c. United States of Mexico*, *Supra* note 73, § 92.

Ensuite, et contrairement aux attentes, le panel a évité de répondre à la question principale, à savoir si un bris de contrat considéré comme étant confiscatoire peut être assimilé à une expropriation des droits contractuels comme le plaidait Desona. Il a rappelé que le Mexique a apporté comme défense que le conseil de ville de Naucalpan était, selon la loi mexicaine, pleinement justifié de résilier le contrat avec Desona et que cette opinion a été justement confirmée par trois instances judiciaires mexicaines. Se prononçant sur la justesse des décisions de ces tribunaux, le panel fait remarquer qu'il est tout à fait normal que, parfois, les parties impliquées dans un jugement ne soient pas satisfaites de celui-ci. Il n'a jamais été question d'accorder aux investisseurs étrangers une protection aveugle face à ce genre de frustrations. Les investisseurs peuvent bien sûr intenter une poursuite en vertu de l'ALÉNA la suite d'une décision d'une cour nationale si celle-ci viole clairement le traité, qu'il est démontré qu'elle constitue un déni de justice⁷⁸, qu'elle donne des résultats qui vont clairement à l'encontre du droit international ou, dans certaines circonstances, lorsque la décision judiciaire va à l'encontre du droit national. Cependant, non seulement les demandeurs n'ont jamais tenté de faire la preuve que les décisions des tribunaux mexicains violaient un de ces principes, mais le gouvernement mexicain a apporté des preuves irréfutables aux yeux du tribunal arbitral que la résiliation du contrat d'exploitation de Desona était bien conforme au droit mexicain et ne violait pas les obligations du Mexique envers l'ALÉNA. Les arbitres ne jugèrent donc pas justifié d'accorder une quelconque forme de compensation à Desona, autant pour sa plainte en vertu de l'article 1105 que pour celle en vertu de l'article 1110. De ces réflexions nous pouvons retenir ceci: Il est possible pour un investisseur d'avoir accès à un tribunal arbitral en vertu de l'ALÉNA même après avoir plaidé sa cause devant les différentes instances nationales. Toutefois, un investisseur agissant ainsi devra d'abord prouver à ce tribunal arbitral que les jugements portés par les tribunaux internes sont erronés, et ensuite prouver que le pays accueillant ses investissements a violé certains engagements pris par l'entremise de l'ALÉNA, contrairement à un investisseur qui se rendrait immédiatement à un tribunal arbitral et qui n'aurait évidemment pas à démontrer le premier point. Malgré donc le fait, constaté d'ailleurs par le tribunal à l'effet qu'un tribunal arbitral international n'est pas automatiquement lié par le verdict rendu par un tribunal interne⁷⁹, il semble donc qu'il n'en soit pas non plus totalement indépendant dans la mesure où il doit d'abord juger de la justesse de sa sentence avant de traiter sur le fond.

D'autre part, peut-on considérer le silence relatif du panel sur la thèse des avocats de Desona sur les expropriations, à savoir que le bris de contrat par le conseil municipal équivaut à une expropriation des droits contractuels de Desona, et à une expropriation

⁷⁸ Deni de justice qu'on circonscrit plus tard aux situations suivantes: un refus d'appliquer la sentence, un délai déraisonnable à appliquer ou à rendre un jugement, un jugement rendu qui est inadéquat au regard de la justice, ou une application mauvaise et malicieuse de la loi; *Robert Azinian and others c. United States of Mexico, idem*, § 102 et 103.

⁷⁹ *Idem*, §86.

indirecte de Desona elle-même comme l'acceptation de celle-ci par les arbitres? Un *obiter dictum* semble accréditer cette idée.

Les mots «confiscatoire», «destruction des droits contractuels en tant que qu'actif» ou «répudiation» peuvent être utilisés pour décrire des bris dans certains cas extraordinaires, et donc comme étant des actes d'expropriation, mais ils n'indiquent certainement pas sur quelles bases cette distinction entre expropriation et bris ordinaire de contrat peut être effectuée⁸⁰.

Même en évacuant cette question, le panel insère cet *obiter* qui justifie d'une certaine façon la thèse de ceux qui maintiennent que désormais, la définition de l'expropriation n'oblige plus absolument une prise de contrôle de l'État du bien exproprié. On ouvre ainsi la porte aux investisseurs qui voudraient se faire indemniser suite à des actes législatifs qui nuiraient à leur possibilité de faire des profits, mais qui ne les déposséderaient pas *de facto* de leurs biens.

Waste Management contre le Mexique

L'origine de la poursuite de Waste Management est assez peu documentée. Nous savons toutefois qu'il s'agit d'une compagnie américaine qui poursuit le Mexique pour violation aux articles 1105 (norme minimale de traitement) et 1110 (expropriation) car certaines de ses entités, notamment la *Banco nacional de obras y servicios publicos* et le conseil municipal d'Acapulco auraient brisé certaines ententes conclues auparavant avec la compagnie.

Un panel du CIRDI s'est penché sur la question⁸¹ mais ne s'est pas attardé sur le fond de la question, se contentant de se positionner face à une question procédurale. Le panel, par décision majoritaire, s'est en effet déclaré inapte à juger de la question car, selon lui, la compagnie n'aurait pas respecté les exigences de la partie B du chapitre 11, et notamment celles de l'article 1121 qui demande qu'un investisseur soumettant une plainte à un tribunal arbitral renonce, par écrit, à son:

droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée

⁸⁰ *Idem*, §90 [notre traduction]. Dans le texte original: «The words «confiscatory», «destroy contractual rights as an asset», ou «repudiation» may serve as a way to describe breaches which are to be treated as extraordinary, and therefore as act of expropriation, but they certainly do not indicate on what basis the critical distinction between expropriation and an ordinary breach of contract is to be made».

⁸¹ *Waste Management inc v. United States of Mexico* (Cas CIRDI no ARB(AF)/98/2) (2000) 15 ICSID Rev.-FILJ 214 (2000); 40 ILM 56 (2001); pour un commentaire de cette décision, voir: J.S. Lee, "No "Double-Dipping Allowed: An Analysis of Waste Management, inc. v. United Mexican States and the Article 1121 Waiver Requirement for Arbitration Under Chapter 11 of NAFTA" (2001) 69 *Fordham L. Rev.* 2655.

constituer un manquement à l'article 1116, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante⁸².

Or, l'investisseur plaignant dans cette poursuite a bien envoyé, à deux reprises, une renonciation par écrit à la partie répondante mais à chaque fois cette renonciation incluait une phrase indiquant qu'il n'abandonnait pas son droit de poursuite devant des tribunaux internes pour des violations alléguées de lois d'autres sources que l'ALÉNA, dont la loi municipale du Mexique⁸³. La majorité du tribunal, considérant que l'exigence d'envoyer une renonciation écrite à la partie répondante n'avait pas été remplie, conclut qu'il n'avait pas la juridiction pour juger de ce cas.

Sun Belt Water contre le Canada⁸⁴

En 1990, la compagnie plaignante, Sun Belt Water, de Santa Barbara en Californie, a conclu une alliance avec la compagnie canadienne Snowcap Waters en vue d'exporter de l'eau en vrac de la Colombie-Britannique en direction de la région du sud-ouest des États-Unis. Snowcap était une des six compagnies qui possédaient alors un permis accordé par la Colombie-Britannique pour l'exportation d'eau en vrac, tel que le demandait la législation de cette province canadienne. Toutefois, l'extension de ce permis pour y inclure Sun Belt Water fut continuellement retardée malgré l'assurance du gouvernement de Victoria à l'effet que celui-ci serait émis dans les plus brefs délais. Sun Belt explique ce contre-temps par des contrats secrets qu'aurait conclus ce gouvernement avec la compagnie Western Canada Water Enterprises Ltd. et qui accordait à celle-ci des conditions privilégiées en regard de l'exportation d'eau en vrac⁸⁵. Puis, le 18 mars 1991, le gouvernement de la province imposa un moratoire suspendant l'exportation de cette ressource naturelle, moratoire qui fut suivi par la *Water Protection Act*⁸⁶, qui en interdit définitivement l'exportation. Peu après, Victoria en vint à une entente avec la compagnie canadienne, garantissant à celle-ci une indemnisation de 335 000 dollars canadiens, mais ne put (ou ne voulut selon la version de Sun Belt) en faire autant avec Sun Belt.

⁸² ALÉNA, *supra* note 7, art. 1121(1)(b).

⁸³ *Waste Management inc, ibid*, §4 et 5 [notre traduction].

⁸⁴ Voir sur cette poursuite: *Sun Belt Water, inc. v. Her Majesty the Queen in Right of Canada, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration*, (en ligne) Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Sunbelt.PDF>> (En ligne: 25 octobre 2001); ainsi que quelques articles de journaux, ainsi que: «Canada, US seek pact to ban water exports» *Journal of Commerce* (17 décembre 1998) A-6; «NAFTA Pipeline to Canadian water: a briefing» (en ligne) <<http://www.bmts.com/~dibaudjimoh/page69.htm>> (en ligne: 9 juin 2000); H. Mann et K. Van Moltke, *supra* note 9; et S. Ganguly, *supra* note 39, à la p. 148.

⁸⁵ *Sun Belt Water, inc. v. Her Majesty the Queen in Right of Canada, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration*, *supra* note 84.

⁸⁶ *Water Protection Act*, RSBC 1996, c.484.

Déçue, Sun Belt a, en novembre 1998, intenté une poursuite contre le Canada en vertu du mécanisme de règlement des différends inclus dans l'ALÉNA en évoquant la violation de trois articles du chapitre 11 de cet accord. Sun Belt prétend en effet que le Canada a violé ses engagements en matière de traitement national parce que le gouvernement de la Colombie-Britannique a conclu une entente avec son partenaire canadien mais pas avec lui. Selon la compagnie, en refusant de négocier avec elle pour une indemnisation comme elle l'a fait avec Snowcap Water, en la privant de ses droits d'avoir accès aux tribunaux domestiques canadiens et en obligeant Sun Belt à s'engager dans des poursuites coûteuses devant des tribunaux arbitraux internationaux, la Colombie Britannique s'est également trouvée coupable de ne pas avoir assuré les normes minimales de traitement assurées par le droit international (art. 1105). Victoria aurait également violé la règle du traitement de la nation la plus favorisée (art. 1103). Dans cette poursuite, Sun Belt Water cherchait à recevoir une indemnisation pour des profits permanents perdus, profits estimés entre 1,5 et 10,5 milliards de dollars américains. Il semblerait que la compagnie ait arrêté les procédures mais il nous a été impossible de trouver des informations officielles confirmant ceci.

Pope & Talbot contre le Canada⁸⁷

La poursuite qu'intente depuis 1998 la compagnie américaine Pope & Talbot au Canada se rapporte à une mauvaise répartition des quotas d'exportation imposée par ce pays suite à un accord avec son partenaire américain au sujet de bois d'œuvre.

C'est pour tenter de régler les conflits sur le commerce de bois d'œuvre qui étaient récurrents entre eux depuis des années que le Canada et les États-Unis ont conclu, le 29 mai 1996, l'*Accord sur le bois d'œuvre résineux*⁸⁸. Par cet accord, le Canada convient de restreindre la quantité de bois d'œuvre exportée sans frais de douanes aux États-Unis venant du Québec, de l'Ontario, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique. Le Canada décida d'appliquer cet accord en allouant des quotas d'exportation à chacune de ces provinces et à l'intérieur d'entre elles, de nouveaux quotas aux compagnies exportatrices de bois d'œuvre en vertu d'une simple formule mathématique selon la part des exportations de bois vers les États-Unis par chacune des provinces (ou compagnies) au cours de l'année 1995.

Pope & Talbot est une compagnie de bois d'œuvre dont la majeure partie des activités au Canada se passe en Colombie-Britannique et dont environ 94% des ventes

⁸⁷ La plupart des faits juridiques sont tirés du mémoire déposé par Pope & Talbot au tribunal arbitral; Appleton & Associates *Statement of Claim under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement between Pope & Talbot and Government of Canada*, en ligne: Appleton & Associate <<http://www.appletonlaw.com/cases/statementofclaim.pdf>> (date d'accès: 3 mai 2000).

⁸⁸ *Accord sur le bois d'oeuvre résineux entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 29 mai 1996, R.T.Can. 1996 no 16 (en vigueur: 29 mai 1996 avec effet à compter du premier avril 1996).

sont des exportations en direction des États-Unis. Elle explique dans son mémoire que le calcul fait par le Canada afin d'attribuer les quotas aux provinces aurait dû permettre à la Colombie-Britannique de profiter de 59% de ceux-ci. Or, ce chiffre a progressivement baissé jusqu'à 56% en mars 1999, empêchant la compagnie de jouir d'une partie des exportations sans droits de douanes dont elle aurait dû profiter. De plus, la compagnie se plaint d'avoir perdu 6,3% de la part de quotas de la Colombie-Britannique qui lui était attribuée, c'est-à-dire environ 25% de plus que les autres producteurs de la province. C'est en vertu de ces circonstances, injustes à ses yeux, que Pope & Talbot prétend que le Canada a violé les obligations que lui attribuait l'ALÉNA en matière de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée, de respect des standards minimums de traitement, d'obligations de résultats et d'expropriation.

La compagnie prétend que le Canada a échoué à remplir ses obligations de lui offrir un traitement équivalent aux investisseurs canadiens et étrangers, violant ainsi les règles de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée.

Elle prétend aussi que le Canada a échoué à assurer les règles minimales de traitement car l'attribution des quotas a été faite de façon «cachottière, injuste et inéquitable»⁸⁹ et a brisé ses obligations, notamment en:

- (a) échouant à permettre à l'investisseur et à ses investissements de pouvoir plaider sa cause lors de l'attribution des quotas;
- (b) échouant à informer l'investisseur et ses investissements du processus d'attribution des quotas annuels;
- (c) échouant à fournir des explications adéquates à l'investisseur et ses investissements concernant les attributions annuelles de quotas; et
- (d) échouant à analyser et à revoir la procédure concernant l'allocation annuelle des quotas⁹⁰.

Pope & Talbot prétend également que l'attribution de quotas constitue des obligations de résultat car elle favorise les compagnies implantées dans certaines provinces au détriment des autres ce qui, en effet, a contribué à une augmentation importante des exportations de ces provinces vers les États-Unis. Le régime impose également à l'investisseur de restreindre ses exportations de bois vers les États-Unis.

Enfin, puisque selon Pope & Talbot, le terme «expropriation» en droit international réfère à «un acte par lequel une autorité gouvernementale est utilisée pour nier des

⁸⁹ *Statement of Claim under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement between Pope & Talbot and Government of Canada, supra* note 87, §81 [notre traduction].

⁹⁰ *Ibid.*, §82 [notre traduction].

profits de la propriété d'un investisseur»⁹¹, l'attribution de quotas telle qu'effectuée par le Canada a constitué et continue de constituer une expropriation. Selon Talbot:

- a) Le Régime d'attribution des quotas a limité sa capacité de produire à pleine capacité et de vendre la plus grande quantité de bois possible;
- b) L'attribution à la baisse des quotas à l'investisseur a forcé celui-ci à réduire de façon significative ses opérations;
- c) Le Régime a causé une diminution des exportations en franchise de douane de [censuré dans le texte] millions de pieds en 1994 à [censuré dans le texte] millions de pieds en 1997 et 1998;
- [...]
- e) À cause des limitations de quotas, les opérations de l'investisseur, ainsi que son expansion et son administration ont beaucoup souffert⁹².

En vertu de ces obligations qui ont été violées par le Canada, et puisque la compagnie a subi des dommages économiques du fait de ces violations, Pope & Talbot demande donc au panel d'arbitres de lui attribuer la somme de 507 552 400\$.

Une fois de plus, cette poursuite démontre la volonté affichée des investisseurs internationaux d'empêcher les États de promouvoir une forme de développement basée sur une accumulation dans les mains des investisseurs locaux ainsi que la nouvelle tendance en ce qui concerne la notion d'expropriation.

Le 26 juin 2000, un panel d'arbitres rendait, sur cette poursuite, une première sentence partielle⁹³. Après avoir informé les parties qu'il ne possédait pas les informations nécessaires pour statuer sur le traitement national et sur celui de la nation la plus favorisée, le panel s'est penché sur les violations alléguées du Canada en ce qui concerne les obligations de résultats. Sur ce point, le panel a rejeté les arguments de l'investisseur qui considérait que le régime d'attribution des quotas obligeait les compagnies à exporter une partie de sa production, sous crainte de voir ses quotas être réduits lors des années subséquentes.

Au sujet de l'expropriation, le panel conclut que:

l'accès au marché américain pour l'investissement doit être considéré comme étant une propriété protégée par l'article 1110 et l'étendue de cet article couvre les règlements non-discriminatoires qui peuvent être considérés comme entrant dans l'exercice de la puissance publique d'un État. Cependant, le Tribunal ne croit pas que les mesures réglementaires prises par le Canada constituent une interférence assez substantielle au

⁹¹ *Ibid.*, § 89 [notre traduction].

⁹² *Pope & Talbot c. Le gouvernement du Canada; Interim Award by Arbitral Tribunal* (2000) en ligne: Appleton et associés <<http://www.appletonlaw.com/cases/P&T-InterimAward.PDF>> (date d'accès: 28 juin 2000), § 86 [notre traduction].

⁹³ *Ibid.*

commerce de l'investisseur pour être caractérisé d'expropriation par le droit international⁹⁴.

Même si le panel arbitral ne considère pas, dans ce cas, que la Canada s'est trouvé coupable d'une expropriation, celui-ci confirme une fois de plus l'évolution du concept d'expropriation. Là encore, on ne restreint plus celle-ci à une prise de possession, mais l'on étend aux mesures prises par l'État qui pourrait nuire à l'investisseur, même si sa propriété n'est pas directement attaquée.

La seconde partie de la décision a été rendue le 10 avril 2001⁹⁵. Le panel s'est d'abord penché sur la violation alléguée de l'article 1102 concernant la règle du traitement national. Il devait, entre autre, statuer sur la justesse de la répartition des quotas faite par le Canada entre les provinces, et ensuite sur la division de ces quotas par la Colombie-Britannique entre les différents investisseurs de la province. À la première question, il a conclu que, vu le contexte de la signature de l'accord sur le bois d'œuvre, le Canada était justifié de conclure celui-ci en n'incluant que les producteurs des quatre provinces produisant la plus grande quantité de bois d'œuvre afin d'éviter des mesures de rétorsion américaines. Le fait que la part des quotas distribués aux producteurs de la Colombie-Britannique ait constamment décliné ne veut pas dire que la Canada a agi de façon discriminatoire envers ses producteurs car cette distribution a été influencée par des facteurs économiques. Le Canada n'a donc pas agi avec des objectifs de discrimination envers les investisseurs étrangers en agissant de façon à respecter la nouvelles répartition des producteurs.

Pour ce qui est de la division faite par la Colombie-Britannique, on doit ici expliquer que les trois scieries de Pope & Talbot sont situées à l'intérieur des terres de la province, en comparaison avec les scieries situées sur la côte. Lors de la répartition des quotas entre les différents producteurs, la province a décidé de donner des quotas identiques aux entreprises des deux régions, décision apparemment conseillée par l'industrie elle-même. Étant donné que le nombre de producteurs était supérieur dans la région intérieure que dans la région côtière, les premiers ont été moins avantagés que les seconds lors de la distribution de ces quotas, d'où la plainte de Pope & Talbot. Cette distribution a sans doute été désavantageuse pour certains producteurs "mais il n'existe pas de preuve convaincante qu'il y ait eu distinction entre les compagnies de propriété étrangère et de propriété canadienne"⁹⁶. Selon le panel, 132 compagnies auraient été désavantagées par la distribution des quotas mais seule Pope & Talbot était une compagnie étrangère⁹⁷. Le tribunal a donc décidé de rejeter la plainte de la compagnie.

⁹⁴ *Ibid.*, §96 [notre traduction].

⁹⁵ *Pope & Talbot contre le Canada, Final Award* (2001), en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf> (Date d'accès: premier octobre 2001) (arbitres: L. Dervaird, B.J. Greenberg et M.J. Belman).

⁹⁶ *Ibid.*, § 103 [notre traduction].

⁹⁷ *Ibid.*

En ce qui concerne la partie de la plainte concernant la norme minimale de traitement, le panel s'emploie d'abord à démonter l'argument du gouvernement canadien voulant que seule une violation énorme du droit international puisse être interprétée comme une violation de ce standard. Considérant que l'objectif de l'*ALÉNA* est de favoriser les échanges et les investissements, dans ce dernier cas, d'assurer aux investisseurs un climat d'hospitalité, le tribunal est incapable d'adhérer à l'interprétation du Canada concernant la norme minimale de traitement. Les explications données, appuyées sur la doctrine, suggèrent d'abord, chose intéressante, qu'il y a probablement une différence entre un traitement juste et équitable, le droit international et le standard minimal de traitement. Le traitement juste et équitable irait bien au-delà de la protection accordée par le standard minimal de traitement. On demeure néanmoins dans le néant car on conclut que “[o]ù le *standard minimum de traitement* est invoqué, la question centrale demeure simplement de savoir si les actions en question sont en toutes circonstances justes et équitables ou injustes et inéquitables”⁹⁸.

Le compagnie a soumis sept comportements des différents paliers du gouvernement canadien qui ont constitué, selon elle, des violations au standard minimum de traitement. De ceux-ci, six ont été rejetés par le panel arbitral. Seul le comportement du *Canada's Softwood Lumber Division (SLD)*⁹⁹ a été jugé contraire aux obligations de l'État¹⁰⁰. Ces agissements sont longuement narrés dans le jugement et on comprend que ce n'est pas un événement en particulier de l'administration qui constitue une violation à l'article 1105 mais plutôt l'ensemble de ceux-ci. Selon le panel, l'acharnement tatillon et répétitif ainsi que la mauvaise foi du SLD lors du processus de révision des quotas est une violation au standard minimal de traitement.

S.D. Myers contre le Canada

Lorsque la ministre canadienne de l'Environnement de l'époque, Mme Sheila Copps, décida d'interdire les exportations de BPC aux États-Unis en novembre 1995, elle ne se doutait sûrement pas que son action provoquerait une poursuite de vingt millions de dollars américains de la part d'une compagnie américaine. C'est pourtant ce qui est arrivé.

Depuis 1990, il existait au Canada un règlement qui interdisait l'exportation de BPC dans un autre pays, à l'exception des États-Unis¹⁰¹. À cette époque, les importations de ce produit dans ce pays étaient régies par le *U.S. Environment Protection Agency (EPA)* qui, de facto, n'en autorisait l'importation que dans les cas où il s'agissait de BPC produits sur des installations militaires américaines sur le territoire canadien. Le 26

⁹⁸ *Ibid*, nbp. 105 [les italiques dans le texte, notre traduction].

⁹⁹ Le SLD est une division du Bureau de contrôle des importations et des exportations, sous la direction du Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international.

¹⁰⁰ *Pope & Talbot contre le Canada, Final Award, supra* note 96, § 156 à 181.

¹⁰¹ *Règlement sur l'exportation de déchets contenant des BPC* D.O.R.S./ 90-453.

octobre 1995 cependant, suite à la demande de S.D. Myers pour que cette agence fasse preuve de «discrétion dans l'application des règles»¹⁰², l'EPA donna son consentement à l'importation, par S.D. Myers, de BPC venant du Canada. Dans les jours suivants, c'est au moins neuf autres compagnies qui, suivant l'exemple de Myers, demandèrent à l'EPA de faire aussi preuve de «discrétion dans l'application des règles» à leur égard afin d'importer de ce produit du Canada aux États-Unis. Dans son mémoire de défense, le Canada décrit cette situation ainsi:

Cet acte unilatéral et extraordinaire des États-Unis en octobre 1995 d'ouvrir ses frontières au commerce transfrontalier de déchets de BPC, apparemment à la vue du TSCA [*Toxic Substance Environmental Act*, loi qui régleme et interdit l'importation de BPC autre que ceux entreposés dans des lieux militaires], et en l'absence d'entente bilatérale claire avec le Canada s'appliquant à un tel transport, a été à l'origine de l'ordre intérimaire et des initiatives législatives canadiennes subséquentes se rattachant à de tels transports de déchets de BPC canadiens aux États-Unis¹⁰³.

Comme il le fait remarquer dans ce mémoire, le Canada a ratifié la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements trans-frontières de déchets dangereux et de leur élimination*¹⁰⁴. L'article 4 (2)(d) de cette convention demande aux parties de réduire au maximum les transports trans-frontaliers de produits dangereux et interdit à ceux-ci d'exporter de tels produits dans des pays n'ayant pas ratifié cette convention, à moins qu'il n'existe un accord entre les deux pays prévoyant un tel échange. Or, le Canada a bien conclu un accord avec les États-Unis concernant le transport trans-frontalier de matières dangereuses¹⁰⁵ mais prétend ne pas être certain si les BPC sont inclus dans celui-ci. Donc, puisque la *Convention de Bâle* prédomine sur le chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁰⁶, il n'avait, selon lui, d'autre choix que d'interdire l'exportation de BPC afin d'agir conformément à ses obligations internationales.

En revanche, Myers prétend détenir des notes internes qui confirment l'intention d'Ottawa de protéger d'abord et avant tout les compagnies d'élimination de BPC canadiennes (en particulier Chem-Security de Swan Hill, Alberta) contre la compétition de compagnies américaines. La ministre aurait été jusqu'à informer personnellement les compagnies Chem-Security Inc. et CINTEC Environment Inc.

¹⁰² Ce terme semble signifier que l'EPA ne punira pas Myers si elle importe du BPC malgré l'interdiction de commettre cet acte. Voir *S.D. Myers contre le Canada, Statement of defence*, en ligne: Appleton <<http://www.appletonlaw.com/cases/mdefense.pdf>> (date d'accès: 30 avril 2000) [notre traduction].

¹⁰³ *Idem*, §18 [notre traduction].

¹⁰⁴ *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements trans-frontières de déchets dangereux et de leur 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).

¹⁰⁵ *Accord concernant les déplacements trans-frontaliers de déchets dangereux*, Can. et É-U, 28 octobre 1986, R.T.Can 1986 no 39 (entrée en vigueur: 8 novembre 1986).

¹⁰⁶ Notamment à cause de l'article 104 (1) b) de l'ALÉNA qui prévoit expressément la prédominance du respect des obligations de la *Convention de Bâle* lorsque surviendraient des incompatibilités avec des obligations prévues par l'ALÉNA; *ALÉNA, Supra* note 7, art. 104 (1) b).

qu'elle ferait fermer la frontière afin de les protéger contre les compagnies américaines. La compagnie cite une note donnée à la ministre de l'Environnement qui l'avertit qu'une telle mesure violerait les obligations du Canada contractées par l'entremise du chapitre 11 de l'ALÉNA et qui affirme, en plus, qu' :

on ne peut affirmer que l'ouverture de la frontière américaine crée de risques [envers l'environnement ou la santé humaine] significatifs. Il sera difficile d'argumenter à l'effet que le transport de BPC vers les États-Unis pose un danger plus grand que le transport du même produit jusqu'à Swan Hill en Alberta¹⁰⁷.

C'est donc dans ce contexte que le ministère de l'environnement a fait interdire l'exportation de BPC aux États-Unis, d'abord par un ordre intérimaire, le 20 novembre 1995, puis par règlement qui entra en vigueur le 4 février 1997¹⁰⁸. Cette décision fut toutefois rapidement suivie par une nouvelle interdiction, de la part de l'EPA américaine, d'en importer afin de se conformer à la décision de la cour d'appel américaine dans l'arrêt *Sierra Club v. E.P.A.*. Cette interdiction entra en vigueur le 20 juillet 1997.

Dans sa poursuite contre le Canada, S.D. Myers soutenait donc que le Canada a violé les obligations que lui conférait l'ALÉNA en matière de traitement national, de respect du standard minimal de traitement et d'obligation de résultats, et qu'il n'a pas, tel que stipulé dans ce traité, accordé d'indemnisation suite à une expropriation. Le panel arbitral a rendu, le 13 novembre 2000, une décision partielle concernant cette poursuite¹⁰⁹. D'abord et avant tout, il devait se prononcer sur l'argument amené par la Canada à l'effet qu'il aurait légiféré de façon à respecter la *Convention de Bâle* car une telle interprétation aurait légitimé les actes du gouvernement canadien. Or, le panel croit plutôt la version donnée par Myers qui prétend que les mesures prises par le gouvernement visaient plutôt à protéger les deux usines de traitement de déchets de BPC. Pour appuyer ses arguments, le panel explique que :

[l]e 6 décembre 1995, le Canada a envoyé une note diplomatique aux États-Unis leur demandant si les BPC étaient définis comme étant des déchets dangereux sous la législation américaine, et si les BPC étaient couverts par l'*Accord concernant les déplacements trans-frontaliers de déchets dangereux*. Le 23 janvier 1996, les États-Unis ont confirmé que la réponse aux deux questions était «oui». Le Canada a eu la possibilité d'enquêter sur les craintes qu'il avait bien avant qu'il établisse sa législation à ce sujet. Il était alors bien évident qu'il était possible d'ouvrir les frontières¹¹⁰.

¹⁰⁷ *S.D. Myers contre le Canada, Statement of claim*, en ligne: Appleton <<http://www.appletonlaw.com/cases/mclaim.pdf>> (date d'accès: 30 avril 2000) §20.

¹⁰⁸ *Règlement modifiant le Règlement sur l'exportation de déchets contenant des BPC* D.O.R.S./97-108.

¹⁰⁹ Cette partie est une reprise du texte: R. Bachand, *Que penser de la poursuite S.D. Myers contre le Canada?* en ligne GRIC <http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/08_2000_bachand.pdf>.

¹¹⁰ *S.D. Myers c le Gouvernement du Canada (décision partielle)* (2000), en ligne Appleton et associés, <<http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf>> (date d'accès: 14 novembre 2000), (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international)

Or, l'allégation du Canada à l'effet que l'Accord concernant les déplacements trans-frontaliers de déchets dangereux n'incluait possiblement pas les BPC est fausse. Il est donc clair pour le panel que l'objectif de la politique du Canada était de «protéger et de promouvoir la part de marché des ses entreprises»¹¹¹.

Myers considérait que l'interdiction d'exporter des déchets contenant des BPC était discriminatoire et violait l'obligation d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement similaire aux investisseurs locaux dans des circonstances similaires (règle du traitement national) car elle nuisait aux compagnies américaines qui voudraient décontaminer les déchets dans des sites qui seraient situés aux États-Unis. Sur cette question, le panel s'est penché d'abord sur l'expression «circonstances similaires» afin de définir les circonstances dans lesquelles la comparaison entre le traitement accordé aux entreprises étrangères et aux entreprises nationales peut être faite¹¹². Or:

il est clair que S.D. Myers et Myers Canada était dans des “circonstances similaires” aux opérateurs canadiens tels que Chem-Security et Cintec. Ils étaient tous engagés dans l'industrie du décontamination de déchets de BPC. S.D. Myers était en position pour attirer des clients qui, autrement, seraient allés vers les opérateurs canadiens parce qu'il aurait été en mesure d'offrir des prix plus favorables grâce à une plus grande expérience et une meilleure crédibilité¹¹³.

En se demandant si les mesures prises par le Canada avaient pour résultat de créer un avantage disproportionné aux investisseurs nationaux par rapport aux investisseurs étrangers, le panel se trouve indirectement à répondre à l'argument du Canada à l'effet que la protection des industries de transformation de déchets de BPC était légitime parce qu'elle permettait de s'assurer la survie d'industries canadiennes dans ce domaine. Le panel prétend que cet objectif était en effet légitime mais que le Canada aurait pu utiliser des mesures alternatives qui n'auraient pas empêché Myers de s'insérer sur le marché, comme par exemple de donner des subventions aux industries canadiennes que le gouvernement voulait protéger¹¹⁴, mesures qui n'auraient pas donné cet «avantage disproportionné».

Ainsi donc, puisque S.D. Myers était dans des circonstances similaires aux investisseurs canadiens, que les mesures prises étaient préjudiciables à la compagnie américaine par rapport aux investisseurs canadiens et qu'elles avaient pour effet d'exclure la première du marché, le panel conclut à une violation du Canada de son obligation d'offrir le traitement national à S.D. Myers.

(Arbitres: B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter) §190, [ci-après: *Myers c. Canada*], [notre traduction].

¹¹¹ *Ibid*, §162, [notre traduction].

¹¹² *Ibid*, §248.

¹¹³ *Ibid*, §251, [notre traduction].

¹¹⁴ *Ibid*, §255. Ainsi donc, l'obligation d'offrir le traitement national n'empêcherait pas, selon ce panel, de faire de la discrimination lors de l'octroi de subventions.

La compagnie américaine accusait aussi Ottawa de ne pas avoir respecté les standards minimums de traitement garantis par le droit international. Les actes pris par Ottawa constitueraient «un déni de justice et une violation à l'obligation d'agir de bonne foi qu'impose le droit international»¹¹⁵, ce que le gouvernement se défend bien d'avoir fait, ne voyant dans les accusations de Myers, aucune preuve de violation de ces règles minimales de traitement. Nous évoquions plus tôt les débats existant à l'intérieur de la doctrine et de la jurisprudence à propos de la définition du concept de «normes minimales de traitement». Ces débats se sont poursuivis à l'intérieur du panel concernant la poursuite de Myers, ce qui a conduit un arbitre à donner un avis minoritaire sur la question.

Le tribunal explique tout d'abord la motif d'une telle clause. Il s'agit, selon lui, d'«éviter ce qui, autrement, pourrait être vide (...) Le standard minimum est un plancher sous lequel le traitement des investisseurs étrangers ne peut pas tomber, même si le gouvernement n'agit pas de façon discriminatoire»¹¹⁶.

Une violation de cette clause ne se fait que lorsqu'il est démontré que le gouvernement a agi de façon injuste et arbitraire envers l'investisseur. Ainsi, la violation d'une autre règle de droit international en matière de traitement des investissements, quoi que ne prouvant pas de façon absolue une violation aux normes minimales de traitement, «pèsera lourdement en faveur d'une violation de l'obligation de l'article 1105 [sur ces normes minimales de traitement]»¹¹⁷. Ainsi, pour deux des trois membres du panel, «la violation de l'article 1102 établit essentiellement la violation de l'article 1105 également»¹¹⁸. La majorité conclut donc à la violation, par le Canada, de l'article 1105¹¹⁹. On doit noter que ce jugement s'est fait avant la note d'interprétation de la *Commission du libre-échange* qui va à l'encontre d'un tel raisonnement.

Toujours selon Myers, le règlement canadien revient à imposer des obligations de résultats puisqu'il force les investisseurs à donner un contenu canadien aux services offerts par la compagnie, argument évidemment rejeté par le Canada qui, par ailleurs, affirme que même si ce règlement peut être assimilé à une obligation de résultats, il doit être considéré comme une exception au sens de l'article 1106 (6) et qui concerne les mesures environnementales nécessaires aux États pour remplir leurs obligations «découlant du droit national et international nécessaires pour la protection de la vie humaine, animale ou végétale, ou nécessaire pour la protection des ressources

¹¹⁵ *S.D. Myers contre le Canada, Statement of claim, supra* note 107, § 42 [notre traduction].

¹¹⁶ *Myers c. Canada (décision partielle), Supra* note 110, §259, [notre traduction].

¹¹⁷ *Ibid*, §263, [notre traduction].

¹¹⁸ *Ibid*, §266, [notre traduction].

¹¹⁹ L'arbitre Chiasson émet toutefois son désaccord en soutenant que l'article 1105 ne se réfère finalement qu'à l'obligation de rencontrer les obligations de traitement juste et équitable requis par le droit international, *Ibid*, §267.

naturelles épuisables vivantes ou non-vivantes»¹²⁰. Or, justement, la réglementation imposée par le Canada était nécessaire pour respecter les obligations imposées par la *Convention de Bâle*. De façon très succincte, le panel explique que la majorité de ses membres ne considère pas que les mesures prises par Ottawa peuvent être considérées comme étant des obligations de résultats.

Enfin, on estime, du côté de Myers, que ce règlement a l'effet d'une expropriation. Selon son mémoire, même si l'ALÉNA ne définit pas le terme «expropriation», il est clair «qu'il visait à protéger contre les mesures directes et indirectes d'expropriation en étendant sa couverture aux “mesures équivalent à l'expropriation”»¹²¹. Dans ce mémoire, les avocats plaident que la définition que donne le droit international à ce terme «réfère aux actes par lesquelles l'autorité gouvernementale est utilisée pour priver le jouissance de la propriété»¹²² et que les actions des gouvernements qui finissent par avoir les effets d'une expropriation doivent être considérées comme étant des expropriations. Puisque le droit international, tout autant que l'ALÉNA, exige que les expropriations soient accompagnées d'une compensation, le Canada doit donc indemniser la compagnie pour ses actions. La réplique du Canada sur ce sujet est intéressante à noter pour comprendre l'évolution du concept d'expropriation. On semble, de son côté, accepter le fait qu'est inclus dans le terme d'«expropriation» la perte de jouissance des bénéficiaires. On romprait ainsi définitivement avec l'ancienne définition qui n'inclurait qu'une prise de possession de la propriété. En effet, le gouvernement se défend «de ne pas avoir acquis, *ni directement, ni indirectement*, quelque propriété qu'ait pu avoir Myers au Canada. (...) L'ordre intérimaire n'a jamais privé Myers *d'aucun bénéfice ou d'aucun droit de propriété* qu'aurait pu avoir la compagnie au Canada»¹²³ et jamais on ne remet en doute la définition que donne le plaidoyer de Myers. Comme on peut le voir, la défense se concentre uniquement à démontrer que Myers n'a été privé d'aucun de ces droits, en partie parce qu'il n'a pas d'investissements au Canada¹²⁴. Or, il semble clair que le Canada a opté dans ce cas contre la doctrine et pour la nouvelle définition d'expropriation, c'est-à-dire celle que veulent lui donner les investisseurs internationaux, à savoir celle qui inclut le droit aux profits.

¹²⁰ *Statement of defence, S.D. Myers contre le Canada*, (en ligne) Appleton et associés <<http://www.appletonlaw.com/cases/,defense.pdf>> (date d'accès: 30 avril 2000), § 52 [notre traduction].

¹²¹ *Statement of claim, S.D. Myers contre le Canada*, *supra* note 110, §49 [notre traduction].

¹²² *Idem* [notre traduction].

¹²³ *Statement of defence, S.D. Myers contre le Canada*, *supra* note 120, § 58 [notre traduction].

¹²⁴ Le Canada plaide en effet dans son mémoire que les opérations de Myers au Canada ne remplissent pas le définition d'investissement prévu par l'ALÉNA, ce à quoi Myers répond qu'elle avait du personnel affecté au Canada et qu'après la fermeture de la frontière, elle a retiré ses investissements qui totalisaient environ un million de dollars; I. Jack, «Ottawa's flip-flop on PCBs cost \$85M, with suit pending: \$20M in damages sought: Ohio firm seeking compensation for government policy» *National Post* (25 novembre 1999) C-4.

Dans son appréciation de la question de savoir si le Canada avait violé ou non l'article 1110 de l'ALÉNA, le panel fait un raisonnement un peu étonnant. Dans différents paragraphes d'abord, il élabore une définition assez «large» du concept d'expropriation allant plus dans le sens des deux sentences citées avant que dans la direction donnée par la doctrine. Il en parle comme étant principalement une prise de possession de la propriété par une autorité gouvernementale¹²⁵, mais pouvant inclure des droits autres que les droits de propriété peuvent être expropriés¹²⁶. Est également incluse dans ce principe la destruction de l'habileté du propriétaire de jouir de ses droits économiques de façon partielle ou totale¹²⁷. Il affirme enfin que le terme «équivalent» a été inséré dans l'article 1110 afin d'inclure les actes d'expropriation rampante, mais que ce concept n'a pas comme effet d'élargir la définition du concept habituellement acceptée par la doctrine internationale¹²⁸. Or, sur ce dernier point, et tel que nous l'avons vu, il semble bien qu'au moins une partie de la doctrine considère que les actes d'expropriation rampante ne sont pas considérés comme faisant partie du concept d'expropriation puisque celui-ci ne considère que des prises de propriété. L'étrangeté de la décision réside dans le fait qu'après avoir donné une définition aussi large de ce concept, le panel ne considère pas que les mesures prises par le Canada sont une expropriation parce qu'elles n'ont nuit aux intérêts de Myers que pour une certaine période de temps et que le Canada n'a pas tiré de bénéfice de son action. Cette décision rejoint la décision prise par un panel dans le cas de *Pope & Talbot* qui apportait également une définition très large à l'expropriation mais qui soutenait que les mesures prises par le Canada n'avaient pas suffisamment brimé les droits de la compagnie américaine pour être considérées comme étant une expropriation, ou dans d'autres mots, que le degré d'interférence envers les droits de l'investisseur n'avait pas atteint un niveau assez grand pour que les mesures soient considérées comme étant une expropriation¹²⁹. On peut donc tirer comme conclusion juridique de ces deux sentences que le concept d'expropriation est maintenant étendu au concept d'expropriation rampante, mais qu'il existe un certain niveau quantitatif, ou autrement dit un niveau minimum de préjudices qui doit être causé pour que des actes (dont la nature qualitative pourrait par ailleurs les inclure dans la définition d'expropriation rampante) puissent être réellement être considérés comme une expropriation.

Élément à noter, le panel ne s'est pas penché sur le montant que devra accorder le Canada à S.D. Myers, laissant à un autre panel le soin de trancher.

En résumé, que doit-on retenir de cette sentence? Il ne s'agit pas ici d'une victoire de Myers tel que l'ont écrit les journaux sous l'influence de Me Appleton, avocat principal de la compagnie. En effet, le panel ne lui a donné raison que sur deux des quatre points et a donné raison au gouvernement canadien sur le point le plus important, à savoir l'expropriation. Il s'agit toutefois d'une victoire pour le capital

¹²⁵ *Myers c. Canada (décision partielle)*, supra note 110, au §280.

¹²⁶ *Ibid*, §281.

¹²⁷ *Ibid*, §283.

¹²⁸ *Ibid*, §286.

¹²⁹ *Pope & Talbot*, supra note 92, § 100 à 102.

transnational qui voit une fois de plus confirmé la difficulté croissante des États à mettre sur pied des politiques économiques sortant du cadre du marché, c'est-à-dire non axé exclusivement sur l'offre et la demande du capital *au niveau international*. En effet, la décision concernant justement le traitement national, mais surtout l'explication donnée au concept d'expropriation démontre la plus grande difficulté qu'ont maintenant les gouvernements de prendre des mesures discriminatoires envers les investisseurs afin de défendre les investisseurs nationaux. En concluant des accords de libre-échange, les gouvernements donnent les outils nécessaires à leur bourgeoisie transnationale pour que celle-ci puisse entrer de plein pied sur les marchés étrangers. En revanche, ces gouvernements s'aliènent jusqu'à un certain point de possibilité d'appuyer leur propre petite bourgeoisie contre le capital transnational étranger.

Dans le cas présent, Ottawa tentait de protéger des industries canadiennes qui s'avéraient incapables de rivaliser avec les industries concurrentes américaines. Le faisait-il vraiment afin de s'assurer que survivent, quoi qu'il arrive, des industries capables de décontaminer des déchets de BPC, ainsi que le soutiennent les groupes environnementalistes canadiens, ou plutôt pour protéger ces industries *en tant que membres de la bourgeoisie nationale canadienne*? Nous préférons ne pas nous prononcer sur ce débats. Quoi qu'il en soit, cette décision est un bon exemple pour démontrer que le chapitre 11 de l'ALÉNA, comme tous les accords d'investissements bâtis sur le même modèle, renforce la tendance à la concentration du capital au niveau international.

UPS contre le Canada¹³⁰

La poursuite qu'intente actuellement UPS a ceci d'intéressant qu'elle est la première à utiliser le mécanisme de règlement des différends inclus dans le chapitre 11 afin de poursuivre un État en vertu d'une violation alléguée d'un article dans un chapitre autre que le chapitre 11 sur les investissements. En effet, cette compagnie utilise l'article 1116 qui prévoit qu'un investisseur pourra utiliser ce mécanisme s'il croit qu'une des Parties a violé ses droits en vertu de la section A du chapitre 11 (articles 1101 à 1114) ou de l'article 1503 (2) ou 1503 (3) de l'accord¹³¹.

Dans cette poursuite, UPS se plaint du comportement du Canada qui, dit-elle, abuse de sa position de monopole dans le secteur des postes afin d'entrer dans une concurrence déloyale avec des compagnies du secteur privée, dont UPS.

¹³⁰ Pour les sources juridiques, voir notamment: *Unites Parcel Services of America, Inc. contre le Gouvernement du Canada, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under Section B of Chapter 11 of the NAFTA*, en ligne Ministère des affaires étrangères et du commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ups.noi.pdf>> (Date d'accès: 8 octobre 2001). Voir, dans les journaux: «Canada Post's courier monopoly» *National Post* (26 avril 2000) C-19; I. Jack, «UPS suing Ottawa for \$230M» *National Post* (22 avril 2000) D-1 et D-9; et T. Corcoran «UPS delivers a postal challenge» *National Post* (26 avril 2000) C-19.

¹³¹ ALÉNA, *supra* note 7, art. 1116 (1).

Au Canada, un monopole a été accordé à la corporation Postes Canada, entreprise publique, dans le secteur de la livraison du courrier. Au cours des dernières années, Postes Canada a étendu son service en dirigeant les opérations de compagnies telles que *Messageries prioritaires*, *Skypak* et *Xpressposte*. En janvier 1999, elle a augmenté sa part d'actionariat dans la compagnie *Purolator* à 96%. UPS se plaint de subir une concurrence déloyale de la part de ces entreprises car celles-ci ont la possibilité d'utiliser l'infrastructure de UPS comme par exemple les milliers de boîtes aux lettres que Postes Canada a disposées à travers du pays, les avions charters du monopole, les bureaux de celui-ci pour déposer les colis des clients absents de leur domicile lors de la livraison, ainsi que les employés payés par Postes Canada et qui prennent les colis de *Xpressposte* déposés dans les boîtes aux lettres. Enfin, toujours selon UPS, le gouvernement subventionne *Purolator*. La compagnie considère que de tels agissements représentent des violations de l'article 1502(3) qui demande que les Parties, par le biais des monopoles publics, accordent un traitement non discriminatoire aux investisseurs étrangers et qu'un monopole public:

n'utilise pas sa situation de monopole pour se livrer, sur un marché non monopolisé du territoire de la Partie, directement ou indirectement, notamment à la faveur de ses rapports avec sa société mère, une filiale ou une autre entreprise à participation croisée, à des pratiques pouvant nuire à un investissement d'un investisseur d'une autre Partie, notamment par la fourniture discriminatoire du produit ou du service faisant l'objet du monopole, par l'inter financement ou par un comportement abusif¹³².

La compagnie considère également que le Canada a violé ses obligations de lui garantir le même traitement qu'à ses propres investisseurs (article 1102, traitement national). En ne lui permettant pas d'avoir accès aux mêmes facilités (boîtes aux lettres, facteurs, édifices, etc.) qu'aux autres compagnies concurrentes (*Messageries prioritaires*, *Skypak* et *Xpressposte*) qui évoluent dans un domaine où Poste Canada ne possède pas de monopole, le gouvernement canadien n'accorde pas le même traitement à *Purolator* qu'aux investisseurs canadiens.

Enfin, la compagnie considère (faussement si on se fie sur la note interprétative du 31 juillet 2001¹³³) qu'étant donné que le Canada a violé certaines de ses obligations, dont celles reliées à l'article 1502(3)(d), il n'a pas agi de bonne foi et a donc violé également ses obligations d'agir en conformité avec les normes minimales de traitement qui demandent, notamment, d'agir de bonne foi.

UPS demande une compensation d'au moins 100 millions de dollars américains.

¹³² *Ibid*, art. 1502 (3)(e)

¹³³ Voir *supra* note 21.

Trammel Crow contre le Canada¹³⁴

La poursuite qu'intente la compagnie Trammel Crow contre le Canada a ceci d'original qu'elle concerne principalement des violations du chapitre 10 sur les marchés publics, ce qui explique qu'on n'y retrouve, juridiquement, que des plaintes concernant des violations de la norme minimale de traitement.

Tout débute à la fin du mois d'août 2000 alors que FM One Alliance Corp, un *joint venture* établi, entre autres, par Trammel Crow, remporte l'appel d'offres lancé par Postes Canada pour l'entretien de certains édifices. Le contrat ne sera toutefois jamais conclu car quelques jours plus tard le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que Postes Canada a violé, lors de cet appel d'offres, les règles établies par le chapitre 10 de l'ALÉNA. Pour répondre à la menace de cette poursuite d'abord, puis à son résultat ensuite, le monopole public canadien commence cependant à négocier avec les deux compagnies qui fournissaient le service avant l'appel d'offres et décide de renouveler le contrat avec eux. FM One n'est informée de la situation qu'après que l'entente avec les deux autres compagnies n'ait été conclue.

C'est donc en réponse à ce comportement de Postes Canada que Trammel Crow intente une poursuite contre le Canada alléguant une violation de l'article 1105 concernant la norme minimale de traitement. Une fois de plus, cet article devient un espèce de fourre-tout où chaque comportement inamical d'un État, qu'il soit ou non relié aux normes établies par le chapitre 11, est susceptible d'être contesté. Le décision du panel concernant cette poursuite sera extrêmement importante dans la mesure où une réponse positive du tribunal ouvrirait la porte justement à des poursuites concernant n'importe quel article de l'ALÉNA, que ce soit ou non un article du chapitre 11.

Trammel Crow est à la recherche d'une compensation de 32 millions de dollars.

¹³⁴ *Trammel Crow Corp. v. Government of Canada*, (en ligne) Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/TC_vs_GC.pdf> (Date d'accès: 20 octobre 2001).

CONCLUSION

Le 6 avril 2000, les journaux nous faisaient savoir que le ministre des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada, Pierre Pettigrew, n'avait pas l'intention d'appuyer, lors d'éventuels accords concernant les investissements, un mécanisme de règlement des différends semblable à celui inséré dans l'*ALÉNA*¹³⁵. Par la suite, dans ses propositions faites à l'intérieur du groupe de négociation en vue d'un accord sur les investissements dans une éventuelle ZLÉA, le Canada a fait savoir qu'il était "favorable à l'établissement d'un mécanisme inter-État de règlement des différends pour l'ensemble de l'accord, qui permettrait de prendre de façon transparente et efficace des décisions équitables relatives aux différends découlant des obligations en matière d'investissement"¹³⁶. Cet énoncé laisse deviner une grande perplexité quant au mode de règlement des différends investisseurs-État et semble avoir été inspiré par les récentes poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Ces poursuites, en obligeant les gouvernements à verser des indemnités aux compagnies «victimes» d'un traitement qui les empêche de maximiser des profits, ne sont rien de moins que la dernière tentative du capital pour socialiser les coûts des investissements dans le domaine du développement social et environnemental tout en individualisant les profits. En effet, lorsque Ottawa a, par exemple, tenté d'interdire le commerce inter-provincial du MMT, et qu'Ethyl a réussi à lui soutirer une bonne vingtaine de millions de dollars, c'est l'ensemble de la population canadienne qui s'est trouvée à payer de sa poche cette indemnité, même si la mesure du gouvernement semblait, à première vue, très légitime. De même, en tentant de soutenir une partie de sa petite bourgeoisie, en l'occurrence l'usine de décontamination des BPC de Chem-Security à Swan Hill, le Canada a peut-être aussi forcé l'ensemble de sa population à payer pour indemniser S.D. Myers qui demande compensation pour les profits perdus.

Il était soutenu en introduction que ces accords répondent en plus à deux objectifs majeurs: 1- La dépolitisation du processus de circulation globale du capital menant à la consolidation du processus de centralisation du capital; 2- La mise en place d'un nouvel ordre hiérarchique du droit international où le droit à la propriété privée et au profit prédominait sur tous les autres.

Nous pouvons dire que même s'il est ardu de prouver la fonction du chapitre 11 de l'*ALÉNA* sur le premier objectif au seul regard des poursuites intentées jusqu'à présent, il est clair que ce que celui-ci contribue à faire, notamment par l'intermédiaire du

¹³⁵ H. Scofield, *supra* note 52.

¹³⁶ Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *supra* note 2.

traitement national, c'est de mettre chacun, investisseurs nationaux comme investisseurs étrangers, sur un pied d'égalité. De plus, la poursuite intentée par UPS nous montre bien l'espace réduit qui est désormais accordé aux monopoles d'État. Ceux-ci peuvent évoluer dans les limites des réserves négociées par leur État lors de la conclusion de l'accord, mais une fois celles-ci atteintes, toute la place doit être laissée aux entreprises privées.

Sur le second objectif par contre, il est difficile de ne pas voir dans les récentes poursuites que cet objectif a été pleinement atteint par les investisseurs internationaux. En effet, les poursuites impliquant Ethyl, Metalclad, Methanex, (dont nous parlions dans la première version), etc. ont toutes des implications environnementales et laissent la porte ouverte à une interprétation élargie du droit de propriété, au détriment du droit à l'environnement. De plus, le cas S.D. Myers laisse voir une incapacité d'Ottawa de prendre des mesures pour assurer la survie d'une entreprise canadienne.

Comment analyser cette dynamique d'un point de vue politique et économique maintenant? Il était soutenu en introduction que la mondialisation économique, phase actuelle du capitalisme, n'est pas porteuse d'une perte de souveraineté de l'État comme le soutiennent certains. En effet, le support juridique de la mondialisation économique, support qui est essentiel à ce phénomène et qui est constitué, entre autres, des nombreux accords de commerce à l'échelle internationale (nous ne voulons pas dire ici que le juridique précède les rapports de force économiques toutefois, car ils en sont plutôt, à notre avis, le produit), a comme élément fondateur des décisions souveraines de l'État. La nouveauté est, disions-nous, le niveau d'interdépendance entre les décisions de chacun de ces États. Or, justement, c'est dans cette souveraineté et dans cette interdépendance des États que nous allons comprendre le processus de formation du droit international, et dans le cas qui nous intéresse, du droit international de l'investissement. Celui-ci va directement dans le sens des intérêts matériels des classes dominantes des États dominants (dont le Canada fait partie lorsqu'on négocie, par exemple, pour la formation de la ZLÉA) participant à ces négociations. Ces États n'abandonnent pas leur souveraineté, ils utilisent au contraire celle-ci afin de favoriser certains groupes plutôt que d'autres parmi leurs citoyens. En d'autres mots, nous ne devrions pas être surpris par l'évolution de droit international de l'investissement car celui-ci ne fait que suivre une logique historique, celle du législateur qui légifère selon les intérêts des groupes dominant sa société.

Quoi qu'il en soit, il sera très intéressant de comparer le futur accord sur les investissements inclus, si le projet voit le jour, dans la ZLÉA, tout comme il le sera de suivre le prochain cycle de négociations à l'OMC avec une telle perspective. Dans ces négociations, deux points retiennent particulièrement notre attention : D'une part, les clauses portant sur les expropriations qui, à cause de leur portée et de l'interprétation qu'en ont fait certains panels arbitraux dernièrement, risquent d'avoir une influence particulièrement importante sur l'avenir social et environnemental des Amériques et d'autre part, le mode de règlement des différends investisseur-État dont certains pays comme le Canada voudraient bien se défaire et qui reflète une volonté de dépolitiser

les différends. Les investisseurs aimeraient bien voir la portée de ce mécanisme élargie à des domaines autres que celui des investissements. La poursuite de UPS contre le Canada nous a rappelé que ce mécanisme pouvait, en plus du chapitre sur l'investissement, être utilisé pour deux articles du chapitre 15 sur la concurrence. Certains pays ont proposé d'étendre son champ d'application à la propriété intellectuelle à l'intérieur des négociations pour la ZLÉA¹³⁷. Et enfin, la poursuite Trammel Crow nous fait réaliser que la dynamique des marchés publics qui, contrairement par exemple à celle de l'accès au marché, ne concerne souvent qu'un seul investisseur et pourrait donc facilement utiliser un mécanisme de règlement des différends semblable à celui inséré dans le chapitre 11. Par conséquent, il ne serait pas surprenant qu'on envisage prochainement de permettre aux investisseurs d'utiliser un tel mécanisme lorsque ceux-ci jugeront que certains de leurs droits ont été violés en matière de passation de marchés publics, voire dans d'autres domaines.

¹³⁷ Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, *Négociations et accords commerciaux*, en ligne <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ftaa_neg-f.asp> (Date d'accès: 27 septembre 2001).

SOURCES ET RÉFÉRENCES

A) Traités généraux

- D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1998.
- P.M. DUPUIS, *Droit international public*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1998.
- P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- P. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10e éd., Paris, Économica, 1997.
- N. QUOC DIHN, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 6e éd., Paris, LGDJ, 1999.
- A. PRUJINER, *Traité et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson Lafleur, 1992.
- M. SORNARJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

B) Monographies

- M. FREITAG et É. PINEAULT (dir.), *Le monde enchaîné*, Québec, éd. Nota Bene, 1999.
- T. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Zürich, Études suisses de droit international, 1989..
- A. KASSIS, *Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International: Les déviations de l'arbitrage international*, Paris, LGDJ, 1988.
- J.P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985.

J.D.M. LEW (dir.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordecht, 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).

C.A. MICHALET, *Le capitalisme mondial*, Paris, Quadrige/PUF, 1998.

S.J. TOOPE, *Mixed international arbitration*, Cambridge, grotius publications, 1990.

C) Articles

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. BEDJAOUI, *Droit international: Bilan et perspective*, t.2, Paris, éd. A. Pédone, 1991, 639.

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

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

C.N. BROWER et L.A. STEEVENS, «Who then should judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11» (2001) 2 *Chi.J. Int'l L.* 193.

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 Failed 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.

C. DEBLOCK, D. BRUNELLE, M. RIOUX, *Globalisation, investissements et concurrence -La voie du régionalisme: le projet des Amériques*, Montréal, GRIC, cahier de recherche 01-09, (en ligne) GRIC <<http://www.unités.uqam.ca/gric>>.

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.

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

- 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.
- 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, «Investissements» (1985) 31 *A.F.D.I.* 711.
- B. KISHOYAN, «The utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary Law» (1994) 14 *J. Int'l L. Bus.* 327.
- J.S. LEE, "No "Double-Dipping Allowed: An Analysis of Waste Management, inc. v. United Mexican States and the Article 1121 Waiver Requirement for Arbitration Under Chapter 11 of NAFTA" (2001) 69 *Fordham L. Rev.* 2655.
- 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. BEDJAOUÏ (dir.), *Droit international: Bilan et perspectives*, Tome 1, Paris, éd. A. Pedone, 1991.
- M. RIOUX, *Vers un droit mondial de la concurrence*, Montréal, GRIC, 2001, cahier de recherche 99-08, (en ligne) GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>
- M. ROMERO JIMEREZ, "Considerations of NAFTA Chapter 11" (2001) *Chi. J. Int'l L.* 243.
- W. STEWARD, «Fuel deficiency» *Canadian geographic* 119:4 (mai/juin 1999) 72.
- M. SWERNACHUKS, «Liberalized Investment & Investor-State Suits: Threat to Governmental Power», Canadian Environmental Law Association, Toronto, 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.
- 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.
- M. WEISBROT, «Globalization for Whom?» (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 631.

D) Articles de journaux

Éditorial «A new role for a trade deal» *The Globe and Mail* (18 juin 1999) à la page A-14.

- «Canada, US seek pact to ban water exports» *Journal of Commerce* (17 décembre 1998) A-6.
- «Canadian Generic-Drug Rules challenged» *The Financial Post [de Toronto]* (13 mars 1996) 4.
- «Canada Post's courier monopoly» *National Post* (26 avril 2000) C-19.
- J. BUSSEY, «NAFTA Suit Could Cost U.S. Taxpayers» *Miami Herald* (25 novembre 1998) C-1.
- T. CORCORAN, «UPS delivers a postal challenge» *National Post* (26 avril 2000) C-19.
- L. HERMAN, «Expropriation' takes on new Meaning: MMT cases sets far-reaching precedent» *The Financial Post* 28 juillet 1998 p. 13.
- E. IRITANI, «Methanex Suit over Gas-additive Ban» *Los Angeles Times* (25 juin 1999) à la page C-2.
- I. JACK, «Ottawa's flip-flop on PCBs cost \$85M, with suit pending: \$20M in demeges sought: Ohio firm seeking compensation for government policy» *National Post* (25 novembre 1999) C-4.
- I. JACK, «UPS suing Ottawa for \$230M» *National Post* (22 avril 2000) D-1 et D-9
- J. LAROCHELLE, «Main basse sur la démocratie. A l'époque, les négociateurs américain voulaient un contrôle qui échappe à toute réglementation du gouvernement canadien», *Le Devoir [de Montréal]* 28 juin 1999 p. A-7.
- G. MONBIOT, «Running on MMT» *The Gardian [de Londres]* 13 août 1998.
- H. SCOFFIELD et S. CHASE «Methanez to Sue U.S. under free-trade deal» *The Globe and Mail* (16 juin 1999) B-1 et B-4.
- H. SCOFFIELD, «Pettigrew rejects NAFTA dispute model» *The Globe and Mail* (6 avril 2000) B-5.
- H. SCOFFIELD, «U.S. Government open to side deal on NAFTA without Mexico: Marchi» *The Globe and Mail* (17 juin 1999) à la p. B-3.

E) Sites internet

Appleton & Associates <<http://www.appletonlaw.com>>

Groupe de recherche sur l'intégration continentale <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>

Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international ><http://www.dfait-maeci.gc.ca>>

Public Citizen <<http://www.tradewatch.org>>

«NAFTA Pipeline to Canadian water: a briefing» (en ligne)
<<http://www.bmts.com/~dibaudjimoh/page69.htm>> (en ligne: 9 juin 2000)

F) Outils d'organisations internationales

CCI, *Règlement d'arbitrage de la CCI*, Rés CCI, premier juillet 1921, 28 I.L.M. 231, aussi disponible en ligne: Chambre de Commerce Internationale «<http://www.iccwbo.org>» (date d'accès: 6 octobre 1999).

OCDE, *La déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement internationale et les entreprises multinationales: Examen 1991*, Paris, OCDE, 1992.

OCDE, *Accord multilatéral sur l'investissement: texte et commentaire consolidés*, (projet d'accord), 1997, en ligne: Dossiers du Monde Diplomatique «<http://www.monde-diplomatique.fr/dossiers/ami/>» (date d'accès: le 14 mai 1999).

OÉA, *Bilateral Investment Treaties in the western Hemisphere*, Washington, OÉa, 1996.

G) Traités et conventions internationales

Accord sur le bois d'oeuvre résineux entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 29 mai 1996, R.T.Can. 1996 no 16 (en vigueur: 29 mai 1996 avec effet à compter du premier avril 1996).

Accord concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux, Can. et É-U, 28 octobre 1986, R.T.Can 1986 no 39 (entrée en vigueur: 8 novembre 1986).

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).

Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, 5 décembre 1996, en ligne: «Ministère des Affaires étrangères et du commerce internationales «<http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/geo/lac/ceda-chili/fr-p.htm>» (date d'accès: 2 juin 1999) (entrée en vigueur: 2 juin 1997).

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements trans-frontières de déchets dangereux et de leur 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).

Conventions sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, 575 RTNU, 4 I.L.M. 524, (en vigueur: 14 novembre 1966).

Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rés AG 31/98 (1976), Doc. off. AG NU, trente et unième session, supp. no 13, Doc NU A/31/17, chapitre V, section C (1976).

Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement of Investment, 13 décembre 1983, (en ligne): Organisation of American States <www.sice.oas.org/bits/usahai_e.stm> (non en vigueur)..

Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 4 février 1994, en ligne: Organization of

American States <http://www.oas.org/bits/jamus_e.stm> (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 7 mars 1997).

H) Lois et réglementation intérieures

Règlement sur l'exportation de déchets contenant des BPC D.O.R.S./ 90-453.

Règlement modifiant le Règlement sur l'exportation de déchets contenant des BPC D.O.R.S./97-108.

Water Protection Act, RSBC 1996, c.484.

I) Jurisprudences et plaidoyers

Marvin Roy Feldman Karpa contre le gouvernement des États Unis du Mexique, (avis d'arbitrage) (1999), 6:11 Americas Trade 1 et 19.

Metalclad v. United States of Mexico Final Award (Cas CIRDI No ARB(AF)/97/1, (2000) (Arbitres: E. Lauterpcht, B.R. Civiletti, J.L. Siqueiros).

Pope & Talbot c. Le gouvernement du Canada; Interim Award by Arbitral Tribunal (2000) en ligne: Appleton et associés <<http://www.appletonlaw.com/cases/P&T-InterimAward.PDF>> (date d'accès: 28 juin 2000).

Pope & Talbot contre le Canada, Final Award (2001), en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf> (Date d'accès: premier octobre 2001) (arbitres: L. Dervaird, B.J. Greenberg et M.J. Belman).

Rapport du groupe spécial constitué en vertu de l'article 1704 concernant le différend entre l'Alberta et le Canada relativement à la Loi sur les additifs à base de manganèse, (1998) 97/98-15-MMT-P058F.

Robert Azinian and others v. United Mexican States (Cas CIRDI no ARB(AF)/97/2) (1999) en ligne: CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mexico-e.pdf>> (date d'accès: 28 avril 2000) (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), (arbitres: B. R. Civiletti, C von Wobeser, J. Paulsson).

S.D. Myers contre le Canada, Statement of claim, en ligne: Appleton <<http://www.appletonlaw.com/cases/mclaim.pdf>> (date d'accès: 30 avril 2000) §20.

S.D. Myers contre le Canada, Statement of defence, en ligne: Appleton <<http://www.appletonlaw.com/cases/mdefense.pdf>> (date d'accès: 30 avril 2000).

S.D. Myers c le Gouvernement du Canada (décision partielle) (2000), en ligne Appleton et associés, <<http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf>> (date d'accès: 14 novembre 2000), (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) (Arbitres: B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter)

Statement of Claim under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement between Pope & Talbot and Government of Canada, en ligne: Appleton & Associate <<http://www.appletonlaw.com/cases/statementofclaim.pdf>> (date d'accès: 3 mai 2000).

Sun Belt Water, inc. v. Her Majesty the Queen in Right of Canada, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration, (en ligne) Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Sunbelt.PDF>> (En ligne: 25 octobre 2001).

Trammel Crow Corp. v. Government of Canada, (en ligne) Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/TC_vs_GC.pdf> (Date d'accès: 20 octobre 2001).

The United Mexican States c. Metalclad Corporation, [2001] BCSC 664.

Unites Parcel Services of America, Inc. contre le Gouvernement du Canada, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under Section B of Chapter 11 of the NAFTA, en ligne Ministère des affaires étrangères et du commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ups.noi.pdf>> (Date d'accès: 8 octobre 2001).

Waste Management inc v. United States of Mexico (Cas CIRDI no ARB(AF)/98/2) (2000) 15 ICSID Rev.-FILJ 214 (2000); 40 ILM 56 (2001)