

## NON aux droits absolus des investisseurs\*

Le mandat du groupe de négociation sur l'investissement est d'établir « un cadre légal juste et transparent pour promouvoir l'investissement au travers de la création d'un environnement stable et prédictible qui protège l'investisseur, son investissement et les mouvements de capitaux qui s'y relie, sans créer d'obstacles aux investissements en dehors de l'hémisphère ». Ceci se fonde sur le chapitre concernant l'investissement de l'ALENA, chapitre 11, qui, comme l'explique l'expert en commerce international, Barry Appleton, « constitue le cœur même et l'âme de l'ALENA ». Notons que la Canada qui a déposé ses propositions à cinq des neuf tables de négociations n'a pas encore fait connaître celles sur l'investissement.

Si nous disons NON à la ZLÉA, c'est aussi, parce que cet accord sera une reprise de ce que l'on trouve dans l'ALÉNA. Ce n'est pas nous qui le disons, mais le gouvernement lui-même par la truchement du député libéral, monsieur Pat O'Brien, secrétaire parlementaire du ministre du Commerce international :

Pour l'élaboration des règles concernant le commerce des services dans la ZLEA, le Canada s'inspirera de ses droits et obligations actuels prévus dans l'Accord de libre-échange nord-américain, l'Accord de libre-échange Canada-Chili, et l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services, appelé plus communément AGCS.<sup>1</sup>

Et, en matière d'investissement, cela a de quoi faire peur. En effet, le chapitre 11 de l'ALÉNA – qui traite spécifiquement de l'investissement et des droits des investisseurs – est sans doute l'élément le plus critiqué de l'ALÉNA. Même l'actuel ministre du Commerce international, Pierre Pettigrew, voudrait le renégocier.<sup>2</sup> En effet, le chapitre 11 constituait un cadeau offert sur un plateau d'argent aux grands investisseurs (banques, fonds de pension, compagnies d'assurance et grandes entreprises).

L'ALÉNA était le premier accord d'échange international qui autorise des intérêts privés, généralement une entreprise ou un secteur industriel, à court-circuiter son propre gouvernement, et qui, bien qu'il ne soit pas signataire de l'accord, défie les lois, les politiques, et les règles d'usage d'un autre gouvernement de l'ALÉNA si ces lois, politiques et règles d'usage empiètent sur les "droits" de l'entreprise en question. Le chapitre 11 donne à l'entreprise le droit de poursuivre pour

<sup>1</sup> Déclaration en Chambre, le jeudi 15 février 2001, 37<sup>e</sup> Législature, 1<sup>ère</sup> Session, HANSARD RÉVISÉ, NUMÉRO 014,

<sup>2</sup> Voir : [http://www.lapresse.com/groups/public/documents/convertis/pub\\_a\\_p1036956.hcsp](http://www.lapresse.com/groups/public/documents/convertis/pub_a_p1036956.hcsp). Aussi : Globe and Mail, 13 décembre 2000, MARK MacKINNO, " Canada seeks review of NAFTA's Chapter 11 " (sur Internet : <http://www.globeandmail.com/gam/ROB/20001213/RFTAA.html>)

obtenir compensation des pertes de profit actuelles et futures dues à des actions gouvernementales, indépendamment de la légalité de ces actions ou quelle que soit la raison pour laquelle elles ont été décidées.

### La portée de l'application des accords et la définition des investisseurs/investissements

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

L'ALÉNA prévoit une définition de l'investissement qui comprend une entreprise, un titre de créance, un avoir donnant le droit à son titulaire de recevoir une part des bénéfices ou des actifs lors de la dissolution de cette entreprise. Selon un observateur américain, « pratiquement toutes les entités imaginables sont couvertes ».

#### ENCADRÉ 1

##### **S. D. Myers vs. Canada**

La poursuite qu'intente la compagnie américaine S.D. Myers contre le Canada démontre bien l'extension de la notion d'investissement. Cette poursuite concerne une mesure prise par le gouvernement canadien empêchant l'exportation de déchets de BPC vers les États-Unis. S.D. Myers, qui importait de tels déchets jusqu'à ses sites de décontamination situés aux États-Unis, demande donc une compensation au gouvernement canadien en fonction du chapitre 11. En défense, le Canada prétend que S.D. Myers ne peut intenter une poursuite en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA parce qu'il ne possède pas d'investissement au Canada, qu'il n'y fait du commerce qu'en tant qu'importateur. ***Cette poursuite illustre la tentative d'élargir le concept d'investisseur jusqu'au point où même un investisseur étranger, n'ayant pas d'investissements dans le pays concerné par la poursuite, pourra se prévaloir de ce qualificatif aux yeux du droit international.***

Du point de vue des hommes d'affaires, l'extension à tous les types d'investissements de la protection jadis exclusivement accordée aux investissements directs est avantageux. En effet, cette stabilité attire de nouveaux investisseurs qui n'auraient pas investis dans leur pays autrement. Or ces nouveaux investissements, souvent de nature strictement spéculative, sont beaucoup moins stables que les investissements directs traditionnels et peuvent être retirés beaucoup plus rapidement. C'est ce qu'on a pu constater lors de la crise mexicaine de 1994. Il est clair que l'importance de la proportion des

investissements de portefeuille au Mexique a provoqué cette crise à cause de la facilité que ces investissements ont eu à fuir quand la situation a commencé à dégénérer. Cette crise a été catastrophique pour les couches populaires. Malgré une économie plus forte, le Canada pourrait bien, un jour ou l'autre, être également confronté à une telle situation.

### Le traitement des investissements

À l'intérieur des différents traités se rapportant aux investissements, une des obligations des États à l'égard des investisseurs est le respect des normes minimales de traitement. Ces normes de traitement sont très difficiles à définir. On peut toutefois avoir une bonne idée de la définition qu'aimeraient donner les grands investisseurs internationaux à ce concept en étudiant les récentes poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. C'est le cas de la compagnie canadienne Methanex qui poursuit le gouvernement américain et qui exige une indemnisation de 970 millions de dollars parce que la Californie 13 a ordonné, suite aux dangers de ce produit sur l'environnement et la santé de la population que soit retiré l'additif MTBE de l'essence. Selon Methanex, les mesures prises par la Californie: a) ne seraient pas basées sur des preuves scientifiques crédibles; b) échouent à prendre en considération les intérêts de Methanex; et c) ont été prises sans que des mesures alternatives et moins préjudiciables aux intérêts de Methanex ne soit considérées.

#### ENCADRÉ 2

##### Aucune obligation pour l'investisseur

Dans un autre ordre d'idées, un des moyens que prenaient traditionnellement les États d'accueil afin de profiter le plus possible d'un investissement étranger était de lier celui-ci à certaines obligations de résultats. L'État pouvait exiger que l'investisseur achète un certain pourcentage des matériaux dont il avait besoin pour la fabrication de son produit fini auprès d'investisseurs locaux ; qu'il garantisse un certain plancher d'emplois ; qu'il assure l'approvisionnement national de la marchandise produite par cet investisseur ; ou, à l'inverse et afin d'assurer une certaine stabilité dans sa balance des paiements, qu'il exporte une certaine part de sa production.

Toutefois, et malgré le développement économique que ces mesures pouvaient créer dans le pays d'accueil, les investisseurs internationaux ne voyaient pas celles-ci d'un bon œil. Elles les obligeaient à prendre en considération, au moment de la détermination de leur stratégie d'investissements, des facteurs non économiques. Par exemple, en les obligeant à avoir un certain pourcentage de contenu national, les États d'accueil les forçaient à changer de fournisseurs et à s'approvisionner chez des commerçants locaux qui pouvaient coûter plus cher à cause d'une productivité moins élevée. ***L'abolition de ces obligations de résultat est donc devenue un des objectifs majeurs pour les grands investisseurs lors des négociations d'accords sur les investissements et a effectivement été obtenue par l'entremise de l'article 1106 dans l'ALÉNA.***



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

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

### **La définition des mesures de dépossession (expropriations et nationalisations)**

La poursuite que la compagnie américaine Metalclad intente contre le Mexique illustre bien le danger. Cette compagnie avait conclu une entente avec l'État mexicain de San Luis Potosi concernant l'utilisation d'un site de disposition de déchets. Toutefois, peu après que cette entente ait été conclue, une étude environnementale révélait que le site était situé au-dessus d'une nappe d'eau souterraine importante et que la contamination de celle-ci pouvait éventuellement contaminer l'eau utilisée par la population locale. Devant les protestations importantes de la population locale, les dirigeants locaux ont reculé et ont annulé ce contrat avec Metalclad. Celle-ci a décidé de poursuivre le Mexique en évoquant le fait que le bris de contrat est équivalent à une expropriation. Metalclad ne tente pas d'étendre la définition d'expropriation, mais essaie plutôt de capitaliser sur le terme « mesures équivalent à une expropriation ». Cela confirme la thèse voulant que rien dans le comportement des États ne doit nuire à la possibilité des entreprises étrangères de faire du profit.

## ENCADRÉ 3

**Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée**  
**Chez nous, faites comme chez vous....**

Selon l'ALENA, l'accès aux marchés est sujet au traitement national. Ceci signifie que tous les biens importés d'un pays de l'ALENA doivent être traités « pas moins favorablement » que les produits locaux. Mais le traitement national dans l'ALENA ne s'étendait pas aux achats publics ou aux subventions nationales et n'était appliqué aux services que de façon limitée. Ceci protégeait les programmes gouvernementaux d'une concurrence entre nations. Cependant, selon les règles proposées dans la ZLEA, il apparaît que les services seront encore plus soumis aux règles d'accès aux marchés. De même, les restrictions qui permettent aux gouvernements de protéger les fournisseurs locaux s'assoupliront pour laisser la place à la mise en concurrence. La possibilité des entreprises étrangères à utiliser les dispositions du traitement national pour défier les monopoles gouvernementaux sur les services sera développée dans le cadre d'un nouvel accord sur les services.

Quant au traitement de nation la plus favorisée, il impose que les accès accordés aux investisseurs/entreprises de n'importe quel pays de l'accord ZLEA doivent être accordés aux investisseurs/entreprises à tous les pays de l'accord ZLEA. Bref, tous ont les mêmes privilèges reconnus comme étant des droits. Il n'est donc pas possible ainsi de tisser des liens privilégiés avec un pays en particulier en matière de commerce ou d'investissement, ce qui limite la marge de manœuvre en matière de politique extérieure.

Mais dans un accord comme l'ALÉNA ou la ZLÉA, ces clauses se complètent et se renforcent les unes les autres. Comme l'explique l'expert en droit du commerce Steven Shrybman : « les clauses de poursuite d'un état par un investisseur de l'ALENA ne représentent rien moins qu'une séparation radicale d'avec les normes à la fois intérieures et internationales sur au moins trois aspects. D'abord, en offrant aux sociétés le droit de faire appliquer directement un traité international dans lequel elles ne sont pas partie prenante, et qui ne leur impose aucune obligation. Ensuite, en étendant l'arbitrage du commerce international à des plaintes qui n'ont rien à voir avec des contrats commerciaux mais qui concernent bien la loi et la politique publique. Enfin, en créant des droits légaux substantiels, concernant l'expropriation et le traitement national, qui vont bien plus loin que ceux accordés aux citoyens ou entreprises canadiens ». <sup>3</sup>

<sup>3</sup> Cité dans Maude BARLOW, *The Free Trade Area of the Americas and the Threat to Social Programs, Environmental Sustainability and Social Justice in Canada and the Americas*. Notre traduction. Disponible sur Internet : <http://www.attac.org/fra/list/doc/barlow.htm>. Une version française de cet excellent texte est en préparation.

## Les modes de règlement des différends

Selon l'ALÉNA et de nombreux autres accords de libre-échange, un investisseur peut, dès qu'il croit que l'État où il a fait un investissement a manqué à ses obligations concernant le chapitre de l'accord relatif aux investissements et qu'il a subi des pertes à cause de ce manquement, et s'il renonce à demander des dommages-intérêts par d'autres recours comme un tribunal interne du pays partie au différend ou une autre procédure de règlement des différends, l'investisseur donc, peut demander la création d'un tribunal ad hoc pour régler ce différend. Quelle que soit la formule, l'investisseur a toujours la possibilité d'internationaliser le différend. Il possède donc un avantage sur l'investisseur national qui, lui, n'a comme recours possible que les tribunaux internes. C'est ce mode de règlement des différends qui permet aux investisseurs tels qu'Ethyl, Metalclad, Pope & Talbot, etc. de remettre aussi facilement l'existence de décisions prises par les politiques en vue de protéger, dans certains cas l'environnement, et dans d'autres cas, en vue de mettre en place différentes stratégies de développement à des niveaux local, provincial ou national.

## Dire NON, c'est refuser que les capitaux décident de tout

Tout porte à croire que les Américains tenteront de prendre le fameux chapitre 11 de l'ALÉNA comme modèle lors des négociations pour un futur accord sur les investissements dans la ZLÉA, comme ils ont tenté de l'utiliser comme modèle lors des négociations de l'AMI à l'OCDE. On doit se questionner sur les effets concrets pour l'ensemble de la population. D'un point de vue général, celle-ci risque de subir les contrecoups de la perte, pour ses gouvernements, de la possibilité d'intervenir sur plusieurs sujets afin de protéger ses citoyens ou afin d'assurer la viabilité de certains projets de développement, si de telles actions risquent de nuire aux profits des investisseurs étrangers. Dans les cas où ils passeraient outre à ces exigences, ils seront obligés de verser de lourdes compensations à ces firmes étrangères, situation totalement inacceptable à une époque où les gouvernements refusent, faute de fonds, de réinvestir dans des services aussi essentiels que l'éducation, la santé ou les services sociaux. Parmi les autres effets d'un tel accord, il convient de souligner le déficit démocratique, c'est-à-dire la remise entre les mains des investisseurs étrangers d'un grand nombre de décisions portant sur le développement économique et social du pays, ainsi que le coût écologique dont l'ampleur commence à être évalué grâce aux poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

\* Ce texte s'inspire en grande partie du mémoire de Rémi Bachand « *Les dangers pour le Québec d'un accord sur les investissements dans la ZLÉA copié sur le chapitre 11 de l'ALÉNA* » présenté à la Commission sur les institutions de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2000.