

Les problèmes environnementaux associés au chapitre 11 de l'ALÉNA

**Document de travail préparé en vue de l'atelier public
du Comité conjoint public mixte
de la Commission de coopération environnementale
de l'Amérique du Nord**

24 mars 2003

Mexico

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

Table des matières

1	Introduction.....	1
2	Les principales dispositions.....	1
2.1	Expropriation	2
2.2	Traitement national	4
2.3	Traitement de la nation la plus favorisée	4
2.4	Prescriptions de résultats.....	6
2.5	Norme minimale de traitement	6
2.6	Conclusions.....	7
3	Les enjeux du processus d'arbitrage : légitimité, responsabilisation et transparence....	8
4	Solutions possibles.....	11
4.1	Déclarations interprétatives	11
4.2	Intégration au chapitre 11 d'une exception relative à la santé et à la sécurité.....	13
4.3	Modification du chapitre 11	15
5	Recommandations à la CCE	15

1 Introduction

Le présent document décrit brièvement les principaux problèmes environnementaux que soulève le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Ce chapitre, qui vise à protéger les personnes ou organisations originaires d'une Partie à l'ALÉNA qui investissent sur le territoire d'une autre Partie à l'Accord, a fait l'objet de nombreuses critiques ces dernières années, de la part des spécialistes de l'environnement et du droit.

Le document commence par énoncer les cinq principales dispositions du chapitre 11, c'est-à-dire les obligations que les pays d'accueil doivent respecter relativement au traitement réservé aux investisseurs originaires d'une autre Partie à l'ALÉNA. Dans chaque cas, nous faisons état des préoccupations exprimées quant à l'effet possible de ces dispositions sur l'environnement, en nous appuyant sur les poursuites intentées jusqu'à maintenant (qui sont relativement peu nombreuses).

Nous examinons ensuite les préoccupations qui ont été soulevées au sujet du processus de résolution des différends prévu par le chapitre 11, en mettant l'accent sur les problèmes de légitimité, de responsabilisation et de transparence.

À la lumière de l'analyse susmentionnée, nous examinons les diverses options qui ont été proposées pour le règlement des problèmes liés au chapitre 11 : exception visant l'environnement, la santé et la sécurité; déclarations interprétatives; modification de l'ALÉNA.

Enfin, le document contient un certain nombre de recommandations à la Commission de coopération environnementale (CCE) sur la façon dont celle-ci pourrait participer aux efforts visant à résoudre les problèmes soulevés.

2 Les principales dispositions

Le chapitre 11 de l'ALÉNA contient un certain nombre de dispositions obligeant le pays d'accueil à traiter d'une certaine façon les investissements provenant de Parties à l'ALÉNA. Il s'agit des dispositions suivantes :

- Protection contre l'expropriation directe ou indirecte (article 1110)
- Obligations relatives au traitement national (article 1102)
- Traitement de la nation la plus favorisée (article 1103)
- Prescription de résultats (article 1106)
- Obligations relatives aux normes internationales minimales de traitement (article 1105)

Ces dispositions, combinées à d'autres dispositions du chapitre 11, font partie d'un accord conclu entre les Parties à l'ALÉNA au sujet de ce qui constitue un traitement équitable des investisseurs d'une autre Partie à l'Accord. Nous examinerons plus en détail chacune de ces dispositions ci-après mais, pour disposer de données de référence, nous commencerons par examiner la *portée et le champ d'application* de ces obligations. En fait, ces dispositions limitent le type de mesures qui peuvent être imposées aux investisseurs. Ainsi, pour bien comprendre les

effets de ces dispositions, nous devons avant tout comprendre de quelle façon l'ALÉNA définit à la fois les mesures à prendre et les investissements.

Comme l'ont observé un certain nombre d'analystes, les définitions sont d'une portée anormalement large. Les mesures que prévoit le chapitre 11 incluent « toute loi, procédure, exigence ou pratique ou tout règlement ». Cette définition couvre la plupart des lois adoptées par tous les paliers de gouvernement et d'administration (du fédéral au municipal), qu'il s'agisse de lois ou de codes de zonage; ces mesures vont même jusqu'à couvrir les ordonnances rendues par les tribunaux.

Le chapitre 11 définit tout aussi largement le terme « investissement », qui peut notamment désigner une entreprise, un titre de créance d'une entreprise ou un prêt à une entreprise. Le titulaire d'une obligation d'une entreprise multinationale est donc un investisseur, auquel la loi confère tous les droits qui seront décrits ci-après. Cette définition a été élargie par plusieurs décisions de justice, les tribunaux affirmant que la *part de marché* d'une compagnie constitue un investissement qui peut être protégé. Ainsi, lorsque la part du marché américain de la société Pope & Talbot a baissé en raison des dispositions de la politique du gouvernement du Canada, cette société a eu droit à un dédommagement¹. En fait, cette approche permettrait aux dispositions de l'ALÉNA relatives aux *investissements* de viser l'intégralité des mesures *commerciales*, étant donné que la plupart de ces mesures influent sur la part de marché des entreprises. Cela élargirait considérablement la portée des dispositions de l'Accord, ce qui faciliterait l'accès direct au processus de règlement des différends « investisseur-État » (décrit ci-après), accès qui n'a apparemment jamais été prévu [par les rédacteurs de l'ALÉNA].

2.1 Expropriation

En vertu des dispositions de l'article 1110, toute expropriation doit être décidée :

- a) pour une raison d'intérêt public;
- b) sur une base non discriminatoire (c'est-à-dire qui ne vise pas une compagnie ou un pays en particulier);
- c) en conformité avec l'application régulière de la loi;
- d) moyennant le versement d'une indemnité par le gouvernement qui a décidé de l'expropriation.

Cet article vise expressément l'expropriation directe et indirecte, mais il est important de noter qu'il ne définit pas ces termes. Ce n'est pas vraiment un problème pour l'expropriation directe (acquisition ou nationalisation d'une entreprise), qui est facile à définir, et le droit international est composé de nombreux textes susceptibles d'aider les arbitres dans ce sens.

Mais l'expropriation indirecte est beaucoup plus difficile à cerner. Également qualifiée d'« expropriation sournoise » ou « expropriation déguisée », l'expropriation indirecte se traduit par l'acquisition d'un placement immobilier imposée par la réglementation ou par d'autres

¹ Ou, plus précisément, le comité a décidé que la société Pope & Talbot *aurait* eu droit à un dédommagement si elle avait pu prouver qu'elle avait subi une perte importante, ce qu'elle n'a pas fait.

mesures qui ont à peu près le même effet que l'expropriation directe². Au lieu de nationaliser tout de suite un investissement, un pays pourrait, par exemple, remplacer tous les gestionnaires de l'entreprise visée par des personnes nommées par le gouvernement, ou interdire à celle-ci d'importer ou d'exporter, dans le but de la mettre en faillite. Les spécialistes ne s'entendent pas sur les définitions de l'expropriation indirecte, et la jurisprudence susceptible de servir de guide est limitée.

Dans le cadre de l'ALÉNA, la question clé est la suivante : si le gouvernement d'une Partie à l'ALÉNA prend une mesure qui est clairement justifiée par une question de santé publique (p. ex., la santé et la sécurité, l'environnement, la morale, l'ordre public) est non discriminatoire mais a pour effet de nuire à un investisseur étranger provenant d'une Partie à l'ALÉNA, dans quelles circonstances cette mesure doit-elle être assimilée à une expropriation indirecte, pour laquelle le gouvernement doit payer un dédommagement? La préoccupation que cela soulève est évidente : la plupart des gens pensent que les contribuables ne devraient pas avoir à payer les investisseurs pour qu'ils modifient des comportements contraires à l'intérêt public. Certains soulèvent une préoccupation secondaire : les organes de réglementation qui sont tenus responsables des effets qu'ont leurs mesures sur les investisseurs ne peuvent pas faire appliquer cette réglementation aussi largement qu'ils le devraient (il s'agit de la théorie de *l'assouplissement de la réglementation*).

Qu'est-ce qui pourrait alléger ces préoccupations? Premièrement — et c'est l'élément le plus évident — il faudrait affirmer clairement que la réglementation ne peut être assimilée à l'expropriation, sans quoi on risque de faire certaines distinctions qui exempteraient des dispositions de l'article 1110 les règlements légitimes relatifs au bien-être public. Pour ce faire, il faudrait nécessairement définir des règlements « intouchables », ou tout au moins essayer d'en définir les caractéristiques. Dans le cas contraire, il faudrait au moins que les tribunaux affichent leur intention d'examiner l'objet des règlements, et pas seulement d'établir dans quelle mesure ceux-ci ont touché les investisseurs. En fin de compte, cela reviendrait à déterminer au cas par cas quels règlements devraient être exemptés, en fonction de leur légitimité et des objectifs visés sur le plan du bien-être public.

Jusqu'à maintenant, aucun des éléments ci-dessus ne nous permet d'être optimistes. Tous les tribunaux qui ont étudié la question pensent que la réglementation peut effectivement se traduire par l'expropriation. Ni les règlements adoptés à ce jour ni le texte de l'ALÉNA ne semblent essayer de « forger » une réglementation légitime visant le bien-être public. De plus, même s'il est trop tôt pour dire de quelle façon la jurisprudence va évoluer, les règlements adoptés jusqu'à maintenant portent uniquement sur l'ampleur des effets (et se demandent si ces effets sont suffisamment marqués pour constituer une expropriation), et non sur l'objet des mesures controversées³. Par exemple, le tribunal qui a jugé l'affaire *Metalclad* a rendu la décision suivante : « Le tribunal n'a pas besoin de prendre en compte la motivation ou l'intention qui a justifié l'adoption d'un décret visant la protection de l'environnement. »

² L'article 1110 fait également référence aux mesures « équivalent » à l'expropriation. Jusqu'à maintenant, les analystes s'accordent pour dire que ces mesures équivalent à l'expropriation indirecte.

³ Il se pourrait qu'il faille du temps avant que la jurisprudence se mette en place (ou que cela ne soit jamais le cas). Les décisions déjà rendues par les tribunaux en vertu des dispositions du chapitre 11 n'ont aucunement préséance sur les décisions que pourraient rendre de futurs tribunaux, même si elles revêtent une certaine importance.

2.2 Traitement national

En vertu de l'article 1102, chaque Partie doit « accord[er] aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs [...] ». La principale source de préoccupation dans ce cas-ci tient à la difficulté de déterminer si les circonstances sont « analogues ». De toute évidence, ce terme ne signifie pas « identiques », mais l'article n'indique pas non plus comment déterminer si les circonstances sont suffisamment similaires pour justifier cette obligation.

Par exemple, si plusieurs entreprises polluent déjà un écosystème à un niveau correspondant au maximum autorisé, le refus d'autoriser un investisseur étranger à ouvrir une autre usine sur le même site constituerait-il une violation de la disposition relative au traitement national? Il est clair que, dans ce cas-là, l'investisseur étranger ne bénéficie pas du même traitement que les entreprises nationales.

Certaines des règles existantes posent des problèmes. Dans une décision basée sur un raisonnement particulièrement complexe, le tribunal qui a jugé l'affaire *S.D. Meyers* a établi qu'un transformateur canadien de déchets dangereux opérait dans des circonstances analogues, étant donné que l'investisseur américain avait ouvert un bureau au Canada en vue de gérer l'exportation de déchets dangereux. Une fois ce fait établi, il suffisait de prouver qu'en interdisant d'exporter des déchets dangereux, on accordait aux deux parties un traitement très différent, alors qu'elles étaient toutes deux tenues de respecter cette interdiction.

Par ailleurs, dans l'affaire *Pope & Talbot*, le tribunal a appuyé sa décision sur un raisonnement qui permet d'espérer une application rationnelle plus systématique des obligations relatives au traitement national. Les responsables de Pope & Talbot, compagnie américaine fabriquant des produits forestiers qui est installée en Colombie-Britannique, ont prétendu exploiter leur entreprise dans des circonstances analogues à celles que connaissaient les producteurs des provinces qui n'étaient pas limitées par les contingents établis dans l'accord canado-américain sur le bois d'œuvre résineux. Le tribunal a rejeté ces arguments, précisant que la différence entre le traitement accordé aux deux parties était « probablement imputable à des politiques rationnelles qui ne sont pas motivées par une préférence pour les investisseurs nationaux au détriment des investisseurs étrangers. » Il semble donc que les tribunaux reconnaissent le pouvoir qu'ont les gouvernements d'équilibrer les nombreuses priorités (parfois concurrentes) des politiques publiques.

2.3 Traitement de la nation la plus favorisée

L'article 1103 stipule que chacune des Parties doit accorder aux investisseurs et aux investissements d'une autre Partie « un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers [...] ». En d'autres termes, chacune des trois parties à l'ALÉNA doit être considérée comme « la nation la plus favorisée » (la « NPF »).

Bien entendu, cet article pose le même problème que l'article 1102 : comment déterminer que les circonstances sont « analogues »? Mais il est une autre préoccupation qui pourrait être beaucoup plus problématique.

L'article 1102 permet sans doute d'intégrer dans l'ALÉNA les dispositions relatives au traitement de la NPF qu'énonce n'importe quel traité bilatéral signé par la Partie défenderesse dans le cadre d'un litige. Cela signifie que, si une Partie est tenue, en vertu de l'ALÉNA, d'offrir une protection correspondant à certaines normes, mais qu'il existe déjà une norme intégrée dans un traité signé entre cette Partie et un pays tiers, l'obligation d'appliquer la disposition de la NPF signifie-t-elle que c'est la norme existante qui prévaudra? On peut illustrer cette probabilité par un exemple précis. Les États-Unis et le Zaïre ont signé un traité bilatéral relatif aux investissements (« TBI »), qui définit un seuil très bas pour l'établissement d'une mesure d'expropriation; ce traité protège les parties contre toute mesure causant « des problèmes liés à la gestion, au contrôle ou à la valeur de [l'investissement]. » On peut comprendre qu'une telle norme puisse être jugée inacceptable par les Parties à l'ALÉNA⁴, parce qu'elle ne faisait pas partie de l'accord qu'elles ont signé. On pourrait également considérer que les Parties ont perdu leur temps à rédiger des dispositions autres que l'article 1103 (sauf, évidemment, dans le cas des dispositions garantissant une meilleure protection que celle qu'offrent les centaines de TBI existants).

Il s'agit malheureusement d'une éventualité plus que probable. Dans le cadre d'au moins un litige relatif à un TBI (*Maffezini c. le Royaume d'Espagne*⁵), les tribunaux ont tranché en faveur de cette utilisation des dispositions du traité relatives à la NPF. En Amérique du Nord, au moins deux demandeurs invoquant le chapitre 11 ont affirmé que la déclaration interprétative de 2001 de la Commission du libre-échange (CLÉ), créée par l'ALÉNA (dont traite la section 3.1, et qui portait sur une norme internationale minimale applicable au traitement) était sans valeur, étant donné que divers TBI établissent des normes plus strictes en la matière et que l'article 1103 exige des Parties qu'elles appliquent ce type de normes. Dans l'affaire *ADF*, le tribunal a rejeté cet argument, affirmant que les articles 1102 et 1103 ne s'appliquaient pas aux marchés publics (et c'est de cela qu'il s'agissait dans ce cas).

Le tribunal a quand même tenu compte de cet argument dans l'affaire *Pope & Talbot*, même s'il n'a pas jugé utile de rendre une décision à ce sujet : « Le point de vue du tribunal est connu de tous – en raison de l'article 1103, l'interprétation de la Commission aurait pour résultat le refus de toute réparation en vertu de l'article 1105, puis le rétablissement de cette réparation en vertu de l'article 1103, ce qui est ridicule. »⁶ Dans ce cas précis, le tribunal affirme que la déclaration interprétative de la Commission produit un résultat absurde, *si l'on accepte la théorie selon*

⁴ Cette affirmation est inspirée du texte de la récente *Trade Promotion Authority Act* (Loi sur les pouvoirs en matière de promotion des échanges commerciaux) américaine, qui stipule que, dans les futurs accords portant sur le commerce et les investissements, « les investisseurs étrangers n'ont pas plus de droits aux États-Unis que les investisseurs américains » – cette disposition ne serait pas respectée si on accordait à certains investisseurs le niveau de protection prévu par le traité entre les États-Unis et le Zaïre. Elle s'appuie en outre sur les déclarations publiques du ministre canadien du Commerce, qui a remis en question l'interprétation globale de l'article 1110. L'auteur ne connaît pas la position du Mexique à propos de l'expropriation, mais pense que la formulation du traité entre les États-Unis et le Zaïre serait inacceptable. Voir aussi Vicki Been et Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, *New York University Law Review*, 78 (à venir, avril 2003).

⁵ ICSID Case No. ARB/97/7, 25 janvier 2000; 40 ILM 1129 (2001).

⁶ Lettre à l'investisseur et défendeur, envoyée le 17 septembre 2001 par l'hon. Lord Dervaird, président du tribunal ayant jugé l'affaire *Pope & Talbot*.

laquelle, par rapport aux TBI existants, l'article 1103 peut « rétablir » les protections que l'interprétation de la CLÉ semblait avoir supprimées.

À la section 3.1, nous reviendrons sur cette disposition, en vue d'évaluer dans quelle mesure elle permettrait de régler les problèmes que soulève le présent document relativement au chapitre 11.

2.4 Prescriptions de résultats

L'article 1106 interdit aux pays d'accueil d'imposer certaines exigences aux investisseurs comme conditions d'entrée et d'établissement sur leur sol. Parmi les prescriptions ainsi proscrites, on compte l'exportation d'un pourcentage donné de produits ou de services, l'achat de certains produits et services locaux et le transfert de certaines technologies au pays d'accueil.

La préoccupation exprimée ici tient au fait que, dans plusieurs cas, certains intervenants ont affirmé (même si aucune décision n'a encore été rendue) qu'une interdiction des importations constituait une prescription de résultats. Dans l'affaire *Crompton*, par exemple, le Canada a interdit l'importation de produits de traitement des semences de canola contenant du lindane, invoquant des risques pour l'environnement et la santé. De son côté, la société Crompton US, qui fabrique ces produits, entend alléguer que cette interdiction oblige sa filiale canadienne à acheter des produits de substitution locaux, ce qui crée donc l'obligation d'acheter des produits locaux. Dans le cadre de sa poursuite, la société Ethyl a présenté des arguments similaires, mais l'affaire a été réglée à l'amiable. Étant donné que l'interdiction des importations est fréquemment utilisée dans les politiques environnementales pour lutter contre les substances toxiques, il est inquiétant que les compagnies présentent ce type d'argument.

2.5 Norme minimale de traitement

L'article 1105 stipule que chacune des Parties doit accorder aux investisseurs un traitement « conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable [...] ». Le texte ne définit pas cette exigence et, avant qu'elle ne soit expressément écartée par une déclaration interprétative de la CLÉ datée de juillet 2001, plusieurs tribunaux ont considéré qu'en vertu de cette exigence, les investisseurs avaient droit au traitement prévu par *n'importe quel texte* relevant du droit international, dont l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et même certaines dispositions de l'ALÉNA autres que le chapitre 11. La déclaration interprétative réduit considérablement la portée de l'Accord, alléguant que les Parties se sont engagées à accorder aux investisseurs un traitement conforme à ce que prévoit le droit international *coutumier*.

Cela ne résout pas tous les problèmes. Les divers intervenants ne s'entendent pas sur ce qu'est le droit international coutumier, généralement défini de façon circulaire comme l'ensemble des textes de droit international dont l'usage s'est répandu, au point qu'ils sont devenus « coutumiers ». Mais cela a au moins permis d'intégrer dans le chapitre 11 une grande variété de dispositions juridiques qui ne figurent nulle part ailleurs dans l'Accord, le droit international coutumier constituant un sous-ensemble du droit international.

La préoccupation qui demeure tient au fait que la déclaration interprétative n'aura peut-être pas l'effet escompté lorsqu'elle sera examinée par les groupes arbitraux chargés de statuer au sujet

du chapitre 11. Comme on l'a vu précédemment, dans l'affaire *Pope & Talbot*, l'investisseur a affirmé qu'à ses yeux, en vertu des obligations du chapitre 11 relatives à la NPF, les investisseurs avaient droit à un meilleur traitement que ce que prévoyait le droit international coutumier, en raison des engagements pris à cette fin dans divers TBI signés entre les Parties et des pays tiers. Le tribunal était plutôt d'accord, mais n'a pas statué sur cette question.

Par ailleurs, plusieurs demandeurs ont allégué que les Parties n'avaient pas vraiment interprété l'article 1105, mais l'avaient plutôt modifié, en changeant ainsi la signification. La différence est importante; le paragraphe 1131(2) autorise les Parties à faire des interprétations qui sont obligatoires pour tous les tribunaux. Mais la modification de l'ALÉNA constitue un processus beaucoup plus délicat. Nous reviendrons sur cette question lorsque nous examinerons les possibilités de réforme, mais il faut savoir que le tribunal ayant jugé l'affaire *Pope & Talbot* était d'accord sur le fond avec cet argument (même si, rappelons-le, il n'a pas jugé utile de statuer) : « [...] si le tribunal devait déterminer si ce qu'a fait la Commission était une interprétation ou une modification, il choisirait la deuxième option »⁷.

En outre, avec le recul, on peut dire que cette déclaration interprétative n'a sans doute pas évité que certaines décisions problématiques soient rendues avant sa publication. Dans l'affaire *Metalclad*, par exemple, le tribunal a décidé, notamment, que le gouvernement du Mexique était responsable des allégations d'un seul de ses fonctionnaires, et qu'il était tenu de corriger les interprétations erronées de la loi qu'avait faites l'investisseur. Il s'agit là d'interprétations très larges de l'article 1105 qui, si on les applique à la lettre, risquent de créer des obstacles quasi insurmontables pour la réglementation et les procédures administratives nationales.

2.6 Conclusions

Dans la présente section, nous affirmons que l'interprétation que l'on fait actuellement ou que l'on pourrait faire des dispositions du chapitre 11 est beaucoup trop large. Bien entendu, ce problème est aggravé par les définitions elles aussi très larges des investissements et des mesures, ce qui donne une portée très vaste à des moyens de protection très efficaces pour les investisseurs.

Il faut se poser la question suivante : en quoi le fait d'offrir aux investisseurs une protection efficace pose-t-il un problème? Après tout, les investissements peuvent constituer un moteur du développement durable. Et la croissance qu'ils génèrent peut, si elle est bien gérée, améliorer réellement le bien-être des populations.

De par sa nature, le présent document ne cherche pas à déterminer si les Parties à l'ALÉNA sont actuellement aptes à gérer la croissance de façon appropriée. Nous nous intéressons à une question plus pertinente, à savoir la notion d'équilibre. En consentant davantage de droits aux investisseurs privés, on nuit généralement à ceux du grand public. L'exemple le plus flagrant en est sans doute la délivrance de brevets, qui crée des monopoles limités (et, d'une certaine façon, un monopole ne sert jamais l'intérêt public) pour récompenser les investissements et l'innovation. On pourrait citer un exemple inspiré des lois visant les investissements : le fait qu'on ait accordé à *Metalclad Corp.* le droit d'exploiter une usine de transformation de déchets

⁷ *Pope & Talbot Inc. c. le gouvernement du Canada*. Attribution de dommages-intérêts, 31 mai 2002, paragr. 47.

dangereux à proximité de San Luis Potosí contrebalance le droit qu'a le public de préserver l'environnement sur les terres où est implantée cette usine. Ni l'un ni l'autre de ces droits n'est absolu, et il incombe en principe aux gouvernements de trouver le juste équilibre.

Dans le cadre des dispositions du chapitre 11, certains craignent que cet équilibre ne bascule injustement en faveur de la protection des investisseurs, au détriment du bien public. On ne sait pas du tout si les Parties avaient anticipé l'interprétation assez large des dispositions du chapitre 11 qui est aujourd'hui acceptée ou sur le point de l'être. Même si elles s'attendaient à un tel résultat, on ne sait pas plus si l'équilibre qu'elles ont trouvé ou qu'elles entendent trouver sera jugé acceptable par le grand public.

En outre, il ne serait pas bon de chercher à équilibrer les priorités des politiques publiques (comme l'environnement, la croissance économique et la santé et la sécurité) hors du cadre gouvernemental, en ne prévoyant pas assez de ces garanties qui permettent d'offrir au public des résultats acceptables. C'est de cet enjeu que traite la prochaine section.

3 Les enjeux du processus d'arbitrage : légitimité, responsabilisation et transparence

Le mécanisme de résolution des différends prévu par le chapitre 11 permet à des parties privées (les investisseurs) d'engager directement un processus d'arbitrage avec les États d'accueil, dans le cadre de ce qu'on appelle le mécanisme de résolution des différends « investisseur-État ». Cette procédure diffère du règlement des différends prévu par le droit commercial (p. ex., dans le cadre de l'OMC), résolution qui s'opère uniquement entre États. La capacité d'engager une poursuite privée directement contre un État d'accueil constitue un mécanisme très efficace, qu'on retrouve dans la plupart des TBI.

En vertu du chapitre 11, les parties peuvent utiliser l'un des trois mécanismes d'arbitrage suivants : le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), le Mécanisme supplémentaire du CIRDI et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Il existe un ensemble de procédures propres à chacun de ces trois mécanismes, qui sont assez similaires et s'inspirent toutes d'un modèle traditionnel d'arbitrage des différends commerciaux.

Ce dernier point est important. Jusqu'à une période récente, l'arbitrage relatif aux investissements portait strictement sur des problèmes commerciaux entre les deux parties au différend, et c'est sur ce type de problème que sont encore axées les institutions actuelles. Toutefois, l'étendue du champ d'application du chapitre 11 et les interprétations assez larges de ses principales dispositions garantissent en principe qu'un grand nombre des cas qui seront entendus auront une plus grande incidence sur le bien-être du public, lorsque d'autres intervenants que les deux parties en présence partageront un intérêt légitime⁸.

⁸ Voir Howard Mann et Konrad von Moltke, *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*, document d'information à l'appui des ateliers sur les politiques trinationales, dans le cadre du programme ILSD (Mexico, 13 mars; Ottawa, 18 mars; Washington, 11 avril), Winnipeg, IIDD, 2002. <http://www.iisd.org/trade/ilsdworkshop/pdf/background_en.pdf>.

Lorsque l'Institut international du développement durable et l'organisation Earth Justice ont fait part (dans deux communications distinctes) de leur intérêt pour l'affaire *Methanex*, demandant par voie de pétition la comparution d'« intervenants désintéressés », le tribunal s'est dit tout à fait d'accord :

« Il ne fait aucun doute que le présent arbitrage vise l'intérêt public. Les questions fondamentales vont bien au-delà de celles que soulève le processus habituel d'arbitrage entre parties privées. Ce n'est même pas parce que l'une des parties au différend est un État [...] Dans le cadre de cet arbitrage, l'intérêt public tient à l'objet du différend, comme l'indiquent très clairement les pétitions. »⁹

Nous avons affirmé précédemment que le fait de rendre des décisions relatives à de tels cas revient à trouver l'équilibre entre les objectifs concurrents visés par les politiques publiques, ce qui a pour résultat d'améliorer le bien-être public. Un certain nombre d'institutions des trois Parties à l'ALÉNA cherchent régulièrement à établir ce type d'équilibre, notamment les organes judiciaires et divers organismes gouvernementaux. Il existe cependant des différences marquées entre le profil de ces institutions bien établies et l'arbitrage inspiré du modèle commercial que prévoit le chapitre 11. Les premières sont bien structurées, de manière à pouvoir opérer en toute légitimité, en rendant des comptes et en garantissant la transparence du processus – trois atouts qui manquent au modèle commercial.

En ce qui concerne la légitimité et la responsabilisation, le processus de règlement des différends prévu au chapitre 11 présente plusieurs lacunes. Les participants à ce processus ne sont pas choisis parmi une liste permanente d'arbitres, et le processus de sélection fait que c'est la partie au litige qui choisit un des trois arbitres et collabore parfois au choix du troisième – situation propice à des choix subjectifs. En établissant une liste permanente d'arbitres, on réglerait ce problème de subjectivité; en effet, les parties au différend sont tentées de choisir des arbitres partageant leurs points de vue. Par ailleurs, une telle liste faciliterait la constitution d'une jurisprudence connexe aux principales questions d'interprétation. Cela limiterait les conflits d'intérêts, inévitables lorsque les avocats interprètent des textes qui leur permettent de gagner leur vie. Il est clair qu'en multipliant les motifs possibles d'actions en justice contre les gouvernements, on fait augmenter le nombre de cas d'arbitrage.

Le processus de règlement des différends prévu au chapitre 11 ne permet que certaines formes de révision très limitées – qui se traduisent principalement par la contestation de la décision arbitrale dans le pays où le tribunal compétent siège légalement. La révision relève ensuite des lois applicables à l'arbitrage dans le pays ou l'État/la province visé(e), mais les critères de révision applicables à ces cas sont beaucoup plus stricts que pour les demandes d'appel à l'échelle nationale. Il faudrait prouver que le tribunal a commis une erreur de droit si grave qu'il a outrepassé ses pouvoirs, ce qui rendrait sa décision nulle et inexécutable. En fin de compte, il ne s'agit pas d'un processus d'appel; la révision ne peut porter sur de simples erreurs de fait ou de droit, ou se substituer à une décision rendue par le tribunal. On devrait s'inspirer des méthodes de l'Organe d'appel de l'OMC, organe permanent dont la valeur est largement reconnue, car il garantit l'uniformité et la prévisibilité de ce processus.

⁹ *Methanex Corp. c. the United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae"*, 15 janvier 2001, paragr. 49. En date du mois de mars 2003, le tribunal n'a toujours pas statué au sujet de la demande, même s'il a indiqué dans le document cité qu'il accepterait sans doute cette demande.

Le processus spécial qui régit la sélection des arbitres et les possibilités d'appel limitées tranchent nettement avec ce que proposent les systèmes de justice de chacune des Parties, au sein desquels les garanties essentielles font partie d'un ensemble de mécanismes institutionnels destinés à assurer la légitimité du processus et à responsabiliser les intervenants.

En outre, il est impossible de garantir la légitimité et la responsabilisation en l'absence de transparence. À cet égard, même les plus fervents défenseurs du chapitre 11 conviennent qu'un changement serait bienvenu. Comme c'est le cas de tous les mécanismes de règlement des différends de nature purement commerciale, aucune disposition du chapitre 11 ne prévoit l'accès du public aux documents de procédure. On exige au moins que les cas traités par le CIRDI soient consignés dans un registre public, mais la CNUDCI n'impose même pas cette exigence de base. Le Secrétariat de l'ALÉNA doit tenir un registre public des avis d'intention portant sur l'arbitrage. Les gouvernements américain et canadien ont récemment commencé à s'acquitter de cette obligation, et vont même plus loin, en affichant sur leur site Web les communications et les décisions qui ont été rendues à leur sujet (les États-Unis affichent également d'autres cas)¹⁰. Enfin, dans sa déclaration interprétative de 2001, la CLÉ a précisé que les Parties étaient tenues de rendre publics tous les documents présentés à un tribunal en vertu du chapitre 11 ou publiés par celui-ci; mais certains éléments donnent à penser qu'une telle obligation pourrait avoir peu d'effets, étant donné que la CLÉ n'est pas habilitée à faire appliquer les décisions du CIRDI ou de la CNUDCI¹¹. La déclaration interprétative et le vœu de transparence qu'elle contient sont analysés plus en détail dans la section suivante.

Il est aujourd'hui plus facile d'accéder aux documents relatifs aux actions en justice invoquant le chapitre 11, mais la présence d'observateurs lors des audiences n'est toujours pas autorisée, pas plus que l'accès de tiers aux procès-verbaux de ces audiences ou la présentation de communications par ceux-ci¹². Étant donné l'intérêt que témoigne le public pour ces cas, il semble qu'il n'y ait aucune raison de ne pas rendre publics ces documents de façon systématique, et de ne pas autoriser le public à consulter les procès-verbaux, comme le font tous les tribunaux nationaux. Certains prétendent qu'une telle mesure permettrait au public d'avoir accès à des renseignements commerciaux confidentiels; mais la publication de tels documents pourrait demeurer limitée, même s'il s'agit de documents de portée nationale. Ou, comme l'ont suggéré certains, la transparence serait peut-être le prix à payer pour avoir le privilège de mettre en œuvre le mécanisme à la fois direct et très efficace du règlement des différends « investisseur-État ».

Il convient de rappeler que ce qui précède ne se veut pas une critique du processus de règlement des différends « investisseur-État ». L'historique des moyens de protection visant les investisseurs montre qu'il est sans doute préférable de ne pas laisser l'initiative aux gouvernements, qui ne se préoccupent que des intervenants les plus influents, et dont les

¹⁰ Il convient de préciser que la plupart des documents de procédure proviennent quand même de sources non officielles. Voir <<http://www.naftaclaims.com>>.

¹¹ Voir IIDD (août), *IISD's Note on the NAFTA Commission's Recent Initiative to Clarify Chapter 11 Investment Provisions*, <http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_nafta_aug2001.pdf>.

¹² Dans les affaires *Methanex* et *UPS*, les tribunaux ont décidé qu'ils étaient habilités à faire comparaître des parties désintéressées, mais n'ont pas rendu de décision finale à ce sujet.

décisions relatives au traitement des réclamations sont toujours liées au contexte politique du moment¹³.

4 Solutions possibles

Les préoccupations résumées précédemment ont poussé certains à réclamer une refonte du contenu du chapitre 11 et du processus consistant à en invoquer les dispositions. (Il ne faut pas oublier que les deux types de réforme proposés sont très différents. Nous verrons ci-après que certaines des solutions proposées sont mieux adaptées à un type de réforme qu'à un autre.) Ces propositions peuvent se répartir en trois catégories principales :

- intégration dans le chapitre 11 d'exceptions relatives à l'environnement, à la santé et à la sécurité;
- déclarations interprétatives de la CLÉ;
- modification du chapitre 11 en vue d'en limiter la portée, d'ajouter des précisions aux dispositions et de modifier le processus.

Nous présentons ci-après les avantages et les inconvénients de ces propositions.

4.1 Déclarations interprétatives

Le paragraphe 1131(2) de l'ALÉNA se lit comme suit : « Une interprétation par la Commission [du libre-échange] d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section. » En d'autres termes, les trois ministres du Commerce pourraient publier des déclarations interprétatives au sujet des dispositions du chapitre 11, par exemple dans un climat d'incertitude. Compte tenu des préoccupations qui ont été exprimées quant à l'interprétation trop large des dispositions du chapitre 11, la solution de facilité consisterait probablement à demander à la CLÉ de clarifier, dans ses déclarations interprétatives, ce que les rédacteurs entendaient, par exemple, par expropriation indirecte.

En fait, la CLÉ a déjà publié une telle déclaration (ci-après appelée la « déclaration de la CLÉ ») en juillet 2001¹⁴. Ce texte comprenait deux parties : une interprétation de l'article 1105 (normes internationales minimales de traitement); une clarification et un engagement relatifs à la transparence. Une analyse de cette déclaration démontre clairement qu'un tel mécanisme ne peut pas vraiment faciliter le règlement de certains des problèmes définis dans le présent document¹⁵.

Dans sa déclaration, la CLÉ affirmait que, lorsqu'ils ont promis de réserver aux investisseurs un traitement conforme à ce que prévoit le droit international, les rédacteurs de l'ALÉNA faisaient référence au droit international *coutumier* – qui offre un niveau de protection nettement inférieur. Comme on l'a vu à la section 2.5, l'interprétation que fait la CLÉ de l'article 1105 a été jugée sans valeur pour deux raisons. Premièrement, certains prétendent que les dispositions du chapitre 11 relatives à la NPF peuvent nuire à toute tentative de limiter la portée de l'article 1105

¹³ Voir Kenneth Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Boston: Law and Taxation Publishers, 1992, p. 23-25.

¹⁴ Voir <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>>.

¹⁵ Pour une analyse minutieuse, voir IIDD, *supra*, p. 11.

en invoquant les TBI dans le cadre desquels les Parties se sont déjà engagées à appliquer des normes de protection plus strictes. On peut dire qu'il s'agit là d'un obstacle mineur, étant donné que la CLÉ est évidemment habilitée à commencer ses analyses en limitant ce type d'interprétation des dispositions relatives à la NPF.

Il convient de mentionner un problème plus grave : dans le cadre de deux affaires jugées à ce jour (et d'autres suivront certainement), l'investisseur a affirmé que l'« interprétation » de la CLÉ se traduisait en fait par une modification, étant donné qu'elle modifiait effectivement le sens initialement donné au texte par les rédacteurs. Le paragraphe 1131(2) autorise la CLÉ à faire des interprétations qui ont force obligatoire, alors qu'une véritable modification constitue un processus beaucoup plus délicat, qui ne relève pas de la compétence de la CLÉ. Comme on l'indiquait à la section 2.5, le tribunal qui a jugé l'affaire *Pope & Talbot* semblait d'accord avec cet argument, mais n'a finalement pas statué sur la question.

Cela nous ramène à la théorie selon laquelle la déclaration interprétative constitue une solution aux problèmes définis dans le présent document. Cette théorie ne peut être viable que dans la mesure où le sens que voulaient donner au chapitre 11 les rédacteurs de l'ALÉNA est d'une portée plus limitée que les interprétations assez larges que nous avons trouvées si « dérangeantes ». En ce qui concerne l'article 1105, il n'est pas sûr que ce soit le cas, mais *toute* interprétation digne de ce nom fera inévitablement l'objet du même type de contestations en justice, et de façon répétée, étant donné que cet article est relativement explicite et que son application peut s'avérer très fructueuse.

Les déclarations interprétatives permettent-elles de régler plus facilement les problèmes que posent les principales dispositions du chapitre 11? En fait, elles pourraient aggraver davantage ces problèmes. Une fois encore, il est utile de prendre comme exemple la déclaration de la CLÉ. Dans cette déclaration, la CLÉ précise ce qui suit : « Les Parties conviennent de rendre publics en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier [...] ». Cet engagement est soumis à trois exceptions, dont une qui est extrêmement importante. Le texte se poursuit ainsi : « [...] sous réserve de supprimer [...] l'information qu'une Partie ne peut divulguer aux termes des règles d'arbitrage pertinentes, telles qu'elles sont appliquées ».

Jusqu'à maintenant, tous les tribunaux ont imposé des niveaux de confidentialité très élevés, qui ne seraient pas du tout respectés si les Parties s'acquittaient de leurs engagements. Mais, là encore, elles *n'auraient pu* le faire dans aucun des cas étudiés, étant donné que l'information en question était détenue en vertu des règles applicables à l'arbitrage. Le problème qui se pose ici est un problème de compétences. En vertu des règles édictées par le CIRDI et la CNUDCI, chaque tribunal s'entend dès le départ avec les Parties sur les règles de procédure, ce qui inclut les ordonnances de confidentialité. Les Parties peuvent être habilitées à interpréter une disposition de l'ALÉNA, mais elles ne peuvent en aucun cas interpréter ou modifier les règles du CIRDI ou de la CNUDCI. Cet accord ne sera pas exécutable en tant que déclaration interprétative, mais comme une entente déterminant que tous les futurs différends à propos des règles de confidentialité seront réglés dès le départ.

En ce qui a trait à d'autres enjeux, comme la modification du processus de sélection des arbitres et la possibilité pour le public de participer au processus et de jouer un rôle d'observation, la CLÉ a encore moins de poids. Ces éléments ne font pas partie des règles de procédure au sujet

desquelles les Parties s'entendent dans chaque cas; ils relèvent uniquement du tribunal, ou sont intégrés aux règles du CIRDI et de la CNUDCI.

Ainsi, alors que, dans certains cas, les déclarations interprétatives peuvent éviter une interprétation trop large des dispositions, elles peuvent faire l'objet de contestations par des personnes qui les assimilent à des modifications de fait. En outre, parce que le processus d'arbitrage est régi par des textes autres que l'ALÉNA, les déclarations interprétatives ne peuvent pas vraiment régler les problèmes liés au processus énoncé dans le chapitre 11.

4.2 Intégration dans le chapitre 11 d'une exception relative à la santé et à la sécurité

Une telle exception constituerait un ajout au texte de l'ALÉNA qui libère les Parties de l'obligation de respecter le chapitre 11 lorsqu'elles prennent certains types de mesures. Les mesures le plus souvent recommandées sont celles qui visent la protection de la santé et de la sécurité des êtres humains, ainsi que la protection de l'environnement, mais on peut aisément imaginer que d'autres objectifs visés par les politiques publiques mériteraient de figurer sur cette liste.

Un tel mécanisme s'inspire en grande partie de l'établissement d'exceptions similaires par le droit commercial. L'exemple le plus connu est peut-être l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), qui s'intitule « Exceptions générales ». Cet article énumère dix types de mesures qui pourraient ne pas être visées par le GATT, notamment les mesures :

- nécessaires à la protection de la moralité publique;
- nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
- se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons;
- imposées pour la protection de trésors ayant une valeur artistique, historique ou archéologique;
- se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables;
- essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale.

Pour qu'on considère qu'une mesure peut bénéficier de ces exceptions, elle doit satisfaire aux dispositions du premier paragraphe de l'article XX, qui exige que les mesures en question « ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international [...] ». En d'autres termes, le GATT autorise les exceptions, mais les rédacteurs voulaient s'assurer que personne n'abuserait de ces exceptions afin de protéger les producteurs nationaux en prétextant l'application de principes plus souples.

Cette option est discutable, pour au moins trois raisons. Premièrement, en demandant qu'une action donnée fasse l'objet d'une exception, on reconnaît que cette action n'est pas acceptable au départ. Certains prétendent que, dans le domaine des investissements, on devrait présumer du

droit d'adopter des règlements dans l'intérêt du public¹⁶. Il peut arriver que ce droit soit limité par certains accords internationaux, mais il n'est pas avisé de supposer au départ que c'est le cas. Tout au long de l'analyse qui précède, nous avons indiqué que certaines des interprétations assez larges de l'Accord étaient allées au-delà de l'intention initiale des rédacteurs (analyse qui serait sérieusement remise en question si l'on cherchait à établir des exceptions destinées à couvrir des actions interdites par des textes récemment adoptés).

Mais, si l'effet est le même, devrions-nous nous demander si l'objectif a été atteint? La deuxième source de préoccupation tient au fait que l'effet pourrait justement ne pas être le même. L'exemple du GATT nous montre que les exceptions prévues à l'article XX constituent un obstacle extrêmement difficile à éliminer. À n'en pas douter, toute formulation visant à prévenir le protectionnisme constituerait un excès de prudence. Par exemple, aux yeux des tribunaux, le terme « nécessaire » intégré dans l'exception environnementale susmentionnée signifie en fait « moins restrictif sur le plan commercial » – ce qui caractérise un nombre relativement limité de dispositions.

Une troisième source de préoccupation tient au fait qu'un tel mécanisme ne permettrait pas en soi de régler les problèmes liés au processus, définis précédemment. Ce n'est pas grave, étant donné que la résolution de ces problèmes et l'instauration d'exceptions constituent des initiatives qui peuvent être menées de front. Étant donné qu'il faudrait modifier l'ALÉNA pour résoudre les problèmes, on pourrait par la même occasion réviser les exceptions.

Il convient de mentionner une dernière source de préoccupation : l'ajout d'exceptions passerait par une modification de l'ALÉNA. Il s'agirait d'une proposition extrêmement difficile à mettre en œuvre. Le problème tient au fait que la plupart des accords commerciaux (ou, plus précisément, des accords portant sur les échanges, les investissements et d'autres politiques connexes) sont comparables à une malle trop pleine qu'il a fallu trop comprimer pour arriver à la fermer et à la verrouiller. Ils sont généralement conclus à la dernière minute, au terme de nombreuses pressions et de compromis qui ne satisfont pas vraiment les parties, mais avec lesquels elles peuvent toutes composer. Il ne sera pas simple de fouiller dans la malle pour trouver seulement une paire de chaussettes – une fois qu'elle sera ouverte, tout aura tendance à en ressortir. Par exemple, au moment de la rédaction du présent document, le gouvernement mexicain subit d'énormes pressions de la part de ceux qui l'exhortent à renégocier le chapitre 7 de l'ALÉNA, afin d'obtenir une protection accrue pour son secteur agricole. En outre, les partenaires du Mexique ayant signé d'autres accords commerciaux avec celui-ci l'enjoignent à renégocier ces accords en *leur* faveur, et il serait impossible de ne pas tenir compte du précédent établi par une éventuelle renégociation de l'ALÉNA. Il n'est donc pas surprenant que les ministres du Commerce rechignent à sortir la malle de son placard.

Compte tenu des deux points faibles susmentionnés, si nous décidons d'apporter des modifications, il serait sans doute plus sage de procéder à une refonte complète pendant que la malle est ouverte. C'est de cela que traite la prochaine section.

¹⁶ Voir Howard Mann. *The Right of States to Regulate and International Investment Law: Comment*, communication préparée en vue de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, intitulée *Réunion d'experts sur la contribution de l'IED au développement : politiques visant à accroître le rôle de l'IED dans l'amélioration de la compétitivité des entreprises et des résultats économiques des pays d'accueil, compte tenu des interactions entre le commerce et l'investissement, au niveau national et international*, Genève, 6-8 novembre 2002.

4.3 Modification du chapitre 11

La précédente section a expliqué clairement que les politiciens ne souhaitent pas vraiment renégocier l'ALÉNA pour modifier le chapitre 11. Pourtant, si nous passons en revue toutes les préoccupations énumérées précédemment, nous constatons qu'il n'y a sans doute pas d'autre solution.

- Au sujet de la portée (de la définition assez large qu'établit l'ALÉNA des investisseurs et des mesures les concernant), ni les déclarations interprétatives ni les exceptions ne seront d'une quelconque utilité.
- Au sujet des interprétations problématiques ou potentielles des principales dispositions du chapitre 11, les déclarations interprétatives et les exceptions n'offrent que peu d'espoir d'amélioration.
- Au sujet des problèmes liés au processus, ces deux solutions sont totalement inefficaces.

Si nous admettons que le chapitre 11 doit être modifié, il faudra en fin de compte renégocier l'ALÉNA pour apporter ces modifications en bonne et due forme, ce qui est malheureux, compte tenu des difficultés associées à une telle initiative (que nous avons énumérées précédemment).

Il serait possible pour les Parties de rédiger un accord préalable à la renégociation de l'ALÉNA; elles devraient alors préciser quels éléments peuvent être modifiés. La question clé est la suivante : un tel accord serait-il respecté une fois que les négociations auraient repris?

5 Recommandations à la CCE

Avant de prendre quelque mesure que ce soit relativement au chapitre 11 de l'ALÉNA et à ses dispositions visant l'environnement, la CCE doit s'assurer qu'elle comprend bien les problèmes soulevés dans le cadre d'un texte assez complexe. Elle n'y parviendra que si elle entreprend de nombreuses activités de consultation et de recherche, afin de recueillir les nombreux points de vue divergents au sujet des enjeux évoqués dans le présent document. Dans pareil contexte, il convient de féliciter les membres du CCPM, qui mettent constamment de l'avant les problèmes liés aux investissements et à l'environnement, et s'efforcent de mieux faire comprendre la situation à toutes les parties concernées.

Après s'être dotée des outils nécessaires à la résolution des problèmes soulevés, et en supposant qu'elle est elle-même préoccupée par ces problèmes, la CCE devrait maintenant inciter la CLÉ à examiner elle aussi ces problèmes. Seuls les ministres du Commerce sont habilités à modifier ou à interpréter l'ALÉNA, et leur soutien sera évidemment crucial dans le cadre de tout processus qui sera mis en œuvre.

Pour la CCE, le meilleur moyen d'instaurer ce type de coopération consisterait à invoquer le paragraphe 10(6) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE), qui établit clairement que le Conseil [de la CCE] doit coopérer avec la CLÉ « en vue de la réalisation des buts et objectifs environnementaux de l'ALÉNA », notamment « en examinant constamment les effets environnementaux de l'ALÉNA ». Le mandat du groupe de travail chargé d'étudier le paragraphe 10(6) convient parfaitement au type de collaboration que nécessitent ces enjeux. Les modes de coopération possibles sont variés : par

Les problèmes environnementaux associés au chapitre 11 de l'ALÉNA

exemple, les Parties pourraient corédiger des documents d'information sur certains enjeux liés au chapitre 11, organiser des tables rondes ou collaborer aux activités de recherche et autres initiatives de la CCE portant sur le chapitre 11.

Si la CLÉ ne se montrait pas intéressée par le type de collaboration susmentionnée, ou par d'autres initiatives conjointes portant sur les dispositions du chapitre 11 et l'environnement, la CCE pourrait décider d'agir quand même en lui offrant ses conseils, conformément aux dispositions du paragraphe 10(6). C'est ce que le Conseil a déjà fait, dans son communiqué final de juin 1999, mais son offre est restée lettre morte. Depuis, les membres de la CLÉ se sont rencontrés pour discuter de cette question, ce qui a donné lieu aux notes d'interprétation de juillet 2001. Cependant, il semble qu'ils aient agi sans solliciter la collaboration ou les recommandations du Conseil. Le cas échéant, de telles recommandations devraient s'appuyer sur les résultats d'une analyse et de consultations détaillées, comme on l'a indiqué précédemment.

Enfin, dans l'esprit de son mandat, qui consiste à sensibiliser davantage le public, la CCE pourrait bien redoubler d'efforts pour faire comprendre les enjeux liés au chapitre 11, à l'aide de publications et de symposiums, et grâce à ses nombreuses activités de sensibilisation du public. C'est en aidant le public à comprendre et à accepter certains enjeux qu'on peut vraiment faire bouger les choses.