

## La grande soeur de l'ALENA

### La Zone de libre-échange des Amériques et la menace inhérente aux règles « investisseurs-états », style ALENA



*« Si [l'argumentation de l'investisseur] est acceptée par le tribunal, aucun [pays] de l'ALENA ne pourra remplir les fonctions les plus fondamentales d'un gouvernement, à moins d'être prêt à payer pour tout impact économique relié à celles-ci. »\**

Tiré de la présentation du gouvernement américain dans l'affaire opposant Methanex (Canada) et les États-Unis, en vertu de l'ALENA.

En 1994, les dirigeants de 34 pays des Amériques du Nord, du Sud et du Centre et des Caraïbes se sont réunis au Sommet des Amériques qui s'est tenu à Miami (Floride). Tous les pays de l'hémisphère étaient présents, à l'exception de Cuba. Lors de ce Sommet, le président des États-Unis, Bill Clinton, a juré de poursuivre le travail entrepris par son prédécesseur, afin de mettre en place un accord de libre-échange englobant l'hémisphère entier. En 1998, cette initiative, baptisée Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) - a été lancée, chaque pays nommant un représentant commercial senior au sein d'un Comité sur les négociations commerciales.

Une ébauche de l'accord en question, considérablement avancée, sera paraphée au début d'avril 2001, juste avant le Sommet des Amériques rassemblant à Québec les dirigeants de tout l'hémisphère occidental. Si les ambitieux projets relatifs à cet accord, commun aux États-Unis et au Canada, se réalisent, il s'agira de l'accord « commercial » le plus ambitieux Jamais vu dans l'histoire.

Bien que l'on ait présenté la ZLEA comme une simple prolongation de l'ALENA à tout l'hémisphère, elle est beaucoup plus que cela. En effet, ses principaux promoteurs cherchent à regrouper dans cet accord toutes les règles et tous les articles de libéralisation dotées du plus grand pouvoir possible, et prélevées à même les accords commerciaux actuels. Plus précisément, la ZLEA combinerait d'une part les toutes-puissantes restrictions sur l'adoption de politiques publiques tirées de l'accord sur les services proposé - l'Accord général sur le commerce des services - de l'OMC et, d'autre part, la protection sans précédent des droits de propriété des sociétés, telle que décrite dans les dispositions « investisseur-état » de l'ALENA.

En un mot, non seulement la ZLEA étendrait à 31 pays additionnels l'ALENA telle qu'on la connaît, mais elle inclurait de nouvelles mesures et dispositions de fond, qui donneraient aux sociétés étrangères « accès au marché » de tous les services publics, et forceraient les gouvernements à déréglementer ces services.

Tous ces accords - l'ALE, l'ALENA et la ZLEA - sont décrits par le gouvernement comme de simples façons de permettre aux pays de commercialiser plus facilement leurs biens. En fait, il s'agit bien moins de commerce que de libéralisation du

mouvement des capitaux - ou, pour le dire autrement, d'entériner les droits de propriété des sociétés dans des traités, en leur donnant la force de loi inhérente aux constitutions. Il s'agit autant d'investissement que de commerce, puisque ces accords permettent aux sociétés de déplacer leurs investissements en capitaux à tel ou tel endroit qui leur est le plus avantageux.

L'un des chapitres de l'ALENA, le Chapitre 11, porte explicitement sur les investissements (plutôt que sur le commerce) et, ce qui est plus important, comprend un mécanisme pour régler les différends « investisseur-état ». Il s'agit-là de différends entre une société et un gouvernement, et c'est ce mécanisme décrit dans le Chapitre 11 qui rend l'ALENA unique parmi tous les accords commerciaux. L'Accord multilatéral en matière d'investissement - l'AMI - qui a échoué contenait une disposition semblable, et c'est précisément cette disposition qui a suscité tant d'opposition de la part du grand public. L'objectif premier des dispositions de l'ALENA relativement aux investissements est de limiter la capacité des gouvernements d'améliorer ou de soutenir les valeurs touchant l'environnement, la santé et autres domaines d'intérêt public, lorsqu'elles vont à l'encontre d'intérêts de nature commerciale.

Le mécanisme de règlement des différends investisseur-état permet aux sociétés étrangères de poursuivre directement un gouvernement, si elles jugent que leurs « droits » ont été violés par une mesure gouvernementale particulière. Le but avoué de cette disposition de l'ALENA était de protéger les investisseurs étrangers contre l'expropriation pure et simple, et contre le harcèlement du gouvernement à l'égard des sociétés étrangères, visant à favoriser les intérêts des sociétés nationales. Mais les choses sont allées bien plus loin dans la pratique.

L'élément central de la disposition investisseur-état est la très large définition d'« expropriation ». Au sens juridique, exproprier signifie « enlever » une propriété privée, presque toujours du terrain. Mais un effort bien orchestré de la part des sociétés américaines durant la période Reagan a mené à une série de décisions de la Cour suprême qui ont eu pour effet d'élargir cette définition pour en faire une « expropriation réglementaire ». Cette définition de la Cinquième modification inclut maintenant toute action réglementaire (loi, règlement, règle ou politique) ayant pour effet de diminuer la valeur commerciale d'un investissement ou des profits espérés de cet investissement - y compris les profits futurs. Cette nouvelle définition de l'expropriation s'est retrouvée dans le Chapitre 11 de l'ALENA.

En effet, les dispositions sur le règlement des différends trouvés dans le Chapitre 11 donnent aux sociétés étrangères le droit de *faire exécuter directement un traité international signé par un gouvernement souverain*, traité en vertu duquel les sociétés en question n'ont absolument aucune obligations. Ceci démontre bien que ces accords commerciaux sont d'abord et avant tout destinés à restreindre toute tentative de la part des gouvernements pour réglementer ou contrôler les sociétés.

Ces poursuites, dont les décisions touchent le cœur même de l'élaboration des politiques de la part des gouvernements et des souverainetés nationales, sont

traitées exactement comme s'il s'agissait de simples différends contractuels entre entreprises commerciales. Ainsi, elles se déroulent dans le secret le plus complet, du début jusqu'à la fin.

Et parce que l'on présume qu'il s'agit uniquement de questions commerciales, elles excluent explicitement tout autre intérêt public pouvant être touché par cette affaire. Les tribunaux ne sont même pas tenus de faire connaître leurs décisions publiquement. Les gouvernements n'ont pas le droit de paraître à ces activités de chambre étoilée afin de défendre les lois et règlements remis en question; ils ne peuvent que demander la permission d'être présents en qualité d'intervenants s'ils désirent présenter une plaidoirie.

Les décisions ne sont pas prises par des juges du système judiciaire domestique (qui sont obligés de tenir compte de l'intérêt public dans son ensemble), mais par un tribunal composé d'arbitres commerciaux qui naturellement cherchent à faciliter le commerce. La plupart d'entre eux sont des avocats commerciaux, travaillant souvent pour des cabinets comptant des sociétés parmi leurs clients. Et bien que leurs décisions puissent avoir un effet profond sur la santé et l'environnement, les membres du tribunal n'ont aucune expertise en-dehors du droit commercial. Le pays visé par la poursuite choisit un des membres du tribunal, et il en va de même pour le pays d'origine de la société entamant la poursuite. Le troisième membre est choisi par les deux pays ou bien nommé par un organisme d'arbitrage.

L'on ne peut pas savoir combien de poursuites sont en cours relativement au Chapitre 11. Mais celles qui ont été rendues publiques - généralement par la société qui a entamé la poursuite - sont au nombre de 15. Toutes remettent en question une loi ou un règlement adopté démocratiquement dans l'intérêt public. Et même si la mesure est reconnue comme étant dans l'intérêt public, la compensation est obligatoire si le tribunal juge qu'elle est « incompatible » avec l'ALENA. Voici quelques-uns des cas les plus importants basés sur le Chapitre 11, à diverses étapes du processus d'arbitration.

### **Ethyl Corporation vs Canada**

*Date de la plainte : le 2 octobre 1997*

*Règlement extrajudiciaire : 13 millions de dollars US*

Cette affaire est probablement la plus connue des Canadiens et des Canadiennes. Il s'agit en effet de la première remise en question d'une loi canadienne en vertu de l'ALENA. Le Canada a interdit l'importation du principal produit fabriqué par Ethyl, dont les installations sont situées en Virginie. Il s'agit d'un additif à l'essence appelé MMT. Le Canada possède de forts éléments de preuve qui - bien que non décisifs - démontrent que le MMT représente un danger à la fois pour la santé et pour l'environnement. L'on soupçonnait ce produit d'être une neurotoxine et les fabricants canadiens d'automobiles se plaignaient depuis longtemps qu'il endommageait les convertisseurs catalytiques conçus pour réduire la pollution par les voitures.

Certains de gagner, les responsables canadiens ont réagit à la poursuite avec passablement de confiance. Mais en dépit du fait que l'ALENA soit supposée permettre aux gouvernements d'adopter une législation environnementale, le Canada comprit rapidement d'après la suite des délibérations qu'il allait perdre la poursuite. Plutôt que d'avoir à faire face à une pénalité de 250 millions de dollars US pour perte de profits futurs réclamée par Ethyl, le Canada a décidé de régler l'affaire. Le règlement comportait trois éléments : un versement de 13 millions de dollars US à Ethyl, la levée de l'interdiction d'importer le MMT, ainsi que des excuses publiques à Ethyl pour avoir sous-entendu que son produit était dangereux.

Cette décision n'augure rien de bon pour les politiques publiques et porte un autre coup au « principe de précaution ». C'est ce principe, basé sur des données scientifiques, qui depuis des décennies permet aux gouvernements partout dans le monde de protéger la santé publique. D'après ce principe, les autorités gouvernementales ne sont pas tenues de posséder des preuves absolues qu'une substance est dangereuse. Il prend également en compte le fait que de telles preuves peuvent ne pas apparaître avant des dizaines d'années. Les accords commerciaux, dont l'ALENA, vont tous à l'encontre de ce principe, rejetant le fardeau de la preuve sur les gouvernements, plutôt que sur les sociétés.

### **Sun Belt Corporation vs Canada**

*Date de la plainte : le 12 octobre 1999*

*Montant réclamé : 10,5 milliards de dollars US*

L'affaire de la Sun Belt Water implique une compagnie californienne qui, en 1990, était partenaire dans un projet d'exportation de l'eau par avion ravitailleur à partie de la Colombie-Britannique. Le projet a été temporairement suspendu après que le public se soit fortement opposé, ce qui a incité le gouvernement du moment (Crédit social) à imposer un moratoire sur ce genre d'exportation. Plus tard, en 1996, le gouvernement nouvellement élu adoptait une législation interdisant les prélèvements massifs d'eau dans les réservoirs de la province.

Le partenaire canadien de la Sun Belt, Snow Cap, menaçait de poursuivre le gouvernement provincial pour expropriation. Les deux parties choisirent un règlement extrajudiciaire pour près de 400 000 \$, basé sur le montant que Snow Cap pu démontrer avoir réellement dépensé sur ce projet. Le règlement était conforme à la définition juridique d'expropriation généralement acceptée.

Sun Belt tenta vainement d'obtenir un règlement semblable dans les tribunaux canadiens. Il décida alors d'invoquer le Chapitre 11 de l'ALENA, dont la définition d'expropriation est beaucoup plus large. Jusqu'ici, le Canada a refusé de reconnaître la légitimité des demandes de Sun Belt, et les analystes commerciaux suggèrent que le dossier est plutôt faible. La société Sun Belt se résume à peu de choses. Les appels qui y sont dirigés sont tout simplement acheminés vers la résidence privée du PDG de la compagnie à Santa Barbara.

Mais ce dossier révèle toutefois le fait que cet aspect de l'ALENA constitue une attaque fondamentale visant pratiquement tous les aspects de nos institutions démocratiques - le pouvoir législatif, le contrôle judiciaire et le droit du public de participer aux décisions les touchant. Il démontre également les problèmes pouvant surgir lorsqu'un traité international empiète sur ses domaines de juridiction des provinces. Si le Canada perd une poursuite entamée contre les effets d'une loi ou d'un règlement provincial, cela soulève bien des questions auxquelles Ottawa n'a pas encore de réponse. Le gouvernement fédéral chercherait-il à se faire rembourser par une province, même si celle-ci n'a jamais accepté les conditions de l'ALENA (ou de la ZLEA)? Quelle autorité le gouvernement fédéral invoquerait-il pour insister qu'une province modifie ou annule une législation irrégulière?

### **UPS vs Postes Canada**

*Date de la plainte : le 19 avril 2000*

*Montant réclamé : 156 millions de dollars US*

Cette affaire est sans doute celle qui a les plus sérieuses implications à ce jour. La compagnie de messagerie américaine géante, UPS, accuse Postes Canada de donner à sa propre compagnie, Purolator (qu'elle possède à 96 %), l'accès préférentiel à son réseau national. L'affaire est particulièrement flagrante, selon l'avocat commercial Steven Shrybman, puisqu'elle utilise stratégiquement l'ALENA dans le cadre de son objectif international d'expansion de son empire, en restreignant ou éliminant la compétition des services de courrier, de livraison de colis et de messagerie du secteur public. Les autres dossiers relatifs au Chapitre 11 sont en grande partie de nature défensive.

UPS soutient qu'en permettant à Postes Canada de mettre son infrastructure à la disposition de son service de messagerie et de colis ne faisant pas l'objet d'un monopole, celui-ci va à l'encontre de l'ALENA. Si UPS gagne cette poursuite, les implications seront énormes pour la grande majorité des services publics au Canada. Selon Shrybman, « UPS soutient que Postes Canada profite injustement de son monopole de livraison du courrier pour aider sa branche concurrente chargée de la livraison des colis et du courrier. Mais le mélange d'un monopole et d'un service commercial est quelque chose que l'on retrouve, de nos jours, dans presque tous les domaines de services du secteur public. »<sup>(1)</sup>

Les sociétés du secteur privé se plaignent depuis des décennies de cette « concurrence déloyale » de la part des fournisseurs de services publics. Si UPS parvient à faire déclarer un tel monopole non conforme à l'ALENA, il se créera ainsi un nouvel outil potentiellement très puissant, dont se prédisposeront les sociétés désireuses de s'infiltrer dans les infrastructures publiques comme l'assurance-médicaments, l'éducation, le transport, les services d'eau et d'égout, ainsi que des douzaines de sociétés de la couronne provinciales.

La prochaine société de la couronne à subir un tel assaut pourrait bien être Radio-Canada qui offre, elle aussi, un mélange de services commerciaux et publics.

Mais le plus inquiétant, de dire Shrybman, sont les efforts d'UPS pour « élargir immodérément la portée de l'appareil investisseur-état, afin d'inclure des conditions inhérentes à l'ALENA qui ne devraient pas faire l'objet de réclamation de la part d'investisseurs étrangers. S'il réussit, les investisseurs étrangers pourraient bien parvenir à faire appliquer directement toutes les disciplines de l'ALENA, qu'elles relèvent ou non des règles en matière d'investissement du traité. »

### **Metalclad vs le Mexique**

*Date de la plainte : octobre 1997*

*Montant adjugé : 16 millions de dollars US*

Cette affaire a été entamée par une compagnie américaine contre le gouvernement du Mexique. Plus précisément, Metalclad soutient qu'un jugement de l'état San Luis Potosi faisant de son site d'enfouissement des déchets une zone écologique spéciale, lui a fait perdre son investissement, ainsi que les profits qu'il aurait pu récolter. Le tribunal de l'ALENA a tranché en faveur de la compagnie et adjugé un montant de 16 millions de dollars US à Metalclad.

L'historique de cette affaire est assez long, mais en quelques mots, Metalclad a fait l'achat d'une compagnie mexicaine d'élimination des déchets qui contrevenait ouvertement à la loi à Guadalcazar, le site de l'usine d'élimination des déchets de Metalclad. Le site était mal géré et avait contaminé à plusieurs reprises l'approvisionnement en eau de la localité. Les résidents, échaudés par l'incapacité du gouvernement national de faire appliquer les règlements sur l'environnement par le propriétaire précédent, se sont opposés aux projets de Metalclad dès le début. Le village refusa d'accorder un permis d'exploitation à l'usine, et le gouvernement de l'état appuya éventuellement le village en déclarant le site « zone écologique spéciale ».

Cette affaire a un certain nombre d'implications très graves pour le Canada, les municipalités canadiennes et la division constitutionnelle du pouvoir. Elle établit très clairement que les disciplines de l'ALENA s'appliquent aux gouvernements infranationaux, dont les municipalités. L'ALENA exige que le gouvernement fédéral force les gouvernements infranationaux à respecter l'ALENA et par conséquent, vient modifier l'exercice du pouvoir constitutionnel au provincial et au fédéral. Avec le temps, cela pourrait avoir pour effet de diminuer l'autorité des gouvernements infranationaux. La décision du tribunal allait jusqu'à décider que les questions d'impact environnemental, l'opinion publique, et les antécédents de l'une des parties étaient des questions hors du domaine de compétence du gouvernement mexicain local.

Le tribunal décida également que le Mexique était responsable de l'incertitude invoquée par Metalclad relativement à la nature des approbations dont il avait besoin de la part des autres paliers de gouvernement. Il s'agit là d'un devoir allant bien au-delà de toute obligation qu'une cour canadienne pourrait invoquer. De plus, le

tribunal adjugea des frais incluant des frais encourus avant même que Metalclad ne fasse la demande d'autorisation locale nécessaire.

En critiquant sévèrement les autorités locales pour avoir fait connaître leurs inquiétudes quant à l'environnement, le tribunal démontre également que le langage de l'ALENA qui avait pour but explicite de permettre aux gouvernements d'adopter des mesures de protection de l'environnement et de favoriser le développement durable, ne fait pas le poids devant les puissants mécanismes d'application du Chapitre 11.

Si la décision rendue dans cette affaire est maintenue, le message qu'elle envoie est un d'intimidation. Il existe de nombreux exemples où des sociétés étrangères ont demandé la permission de s'installer au Canada, et souvent avec l'intention d'entrer en concurrence directe avec les services publics, tels la santé, l'éducation et les services municipaux. La décision du tribunal dans ce cas signifie que les gouvernements doivent accorder un traitement spécial à de tels investisseurs : Ottawa devrait informer l'investisseur étranger de toutes les réglementations provinciales et municipales; les municipalités ne pourraient pas appliquer les critères environnementaux aux demandes de permis; le comportement passé du demandeur ne pourrait pas être considéré comme un facteur négatif; même l'opposition massive du public, une fois l'approbation accordée, ne serait pas une raison suffisante pour retirer cette approbation. Tout ceci aurait pour effet d'instaurer un climat de crainte, dans lequel tous les paliers de gouvernement seraient obligés de pratiquer l'auto-censure de leurs règlements afin d'éviter d'éventuelles poursuites judiciaires.

Le gouvernement mexicain a interjeté appel et l'affaire a été entendue devant la cour suprême de la Colombie-Britannique. C'est la première fois qu'une poursuite fondée sur l'ALENA est entendue dans une cour nationale. L'on s'attend à ce qu'une décision soit rendue en mai prochain.

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

*Date de la plainte : le 30 octobre 1998*

*Montant réclamé : 20 millions de dollars US*

*Décision : en instance*

L'affaire S.D. Myers, une compagnie américaine d'élimination des déchets, démontre dans la pratique ce que la théorie expliquait clairement : les accords commerciaux, par le biais de leurs régimes d'application extrêmement puissants, éclipsent tous les autres traités internationaux. Dans ce cas, le Canada a imposé une interdiction temporaire d'exportation des déchets de PCB vers les É.-U. en février 1996. Le Canada ne faisait que se conformer aux engagements pris en signant la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Ce traité, conclu bien avant l'ALENA, exige que le Canada traite lui-même ses déchets dangereux et limite les exportations.

Non seulement la décision du tribunal foule-t-elle aux pieds les engagements solennels du Canada en vertu d'un important traité international sur l'environnement, elle démontre également jusqu'où de tels tribunaux iront dans l'ignorance des lois et réglementations domestiques. La décision couvrait une période de 16 mois pendant laquelle a duré l'interdiction d'exporter et, durant toute cette période, la loi américaine stipulait qu'un tel transfert de déchets dangereux vers les États-Unis était illégal. La décision démontre que de tels groupes d'experts et ceux qui les administrent - des représentants officiels nommés par les trois pays signataires de l'ALENA - sont d'avis que même le droit criminel d'un pays est sans rapport avec leurs décisions. Dans le cours normal des relations entre pays souverains, le Canada aurait informé les États-Unis que l'une de ses propres compagnies contrevenait à la loi américaine. Mais la décision de l'ALENA est maintenue, le Canada devra verser une compensation pour avoir refusé de permettre à une société de s'engager dans une activité contrevenant aux lois d'un pays voisin.

Les critiques ont identifié plusieurs erreurs judiciaires importantes dans la décision rendue par le tribunal. Le gouvernement canadien a donc logé un appel auprès de la cour fédérale du Canada, arguant que le tribunal outrepassait son domaine d'expertise dans plusieurs questions clés.

### **Methanex vs les États-Unis**

*Date de la plainte : le 3 décembre 1999*

*Montant réclamé : 970 millions de dollars US*

Les causes décrites ci-dessus concernaient toutes des compagnies américaines invoquant le Chapitre 11 pour favoriser leurs intérêts économiques. Les compagnies canadiennes sont elles aussi disposées à mettre à profit cet outil puissant pour arriver à leurs fins. Un exemple de cela est la compagnie Methanex, installée à Vancouver, l'un des plus grands producteurs de méthanol au monde. Elle poursuit le gouvernement américain suite à une décision du gouvernement de la Californie d'éliminer progressivement l'utilisation de l'un de ses produits, l'éther méthylique du tert-butane (EMTB), d'ici la fin de 2002.

Le EMTB est un additif au gaz qui réduit la pollution lors de la combustion du gaz naturel. C'est donc une partie du marché du méthanol qui connaît une croissance rapide, répondant à près du tiers de la demande mondiale. Methanex contrôle environ le quart du marché du méthanol. Mais un rapport publié par un organisme américain de protection de l'environnement a révélé que ce produit causait des tumeurs chez les rats.

Le gouvernement de la Californie a rendu sa décision peu après avoir découvert que du EMTB avait contaminé les nappes d'eau souterraines à Santa Monica et au Lake Tahoe, ainsi que 10 000 puits californiens. Methanex soutient que le problème véritable vient du fait que la Californie - et les autres états envisageant d'interdire l'EMTB - ne font pas appliquer correctement leur réglementation concernant les réservoirs de gaz souterrains. Invoquant les règles de l'ALENA, il soutient que la

Californie aurait pu trouver d'autres solutions efficaces et moins contraignantes au problème.

Methanex réclame des dommages basés sur la perte de profits futurs, ainsi qu'une compensation pour le fait que les parts boursières de Methanex ont connu une baisse de valeur de 150 millions US dans les dix jours suivant l'annonce faite par la Californie.

Les experts commerciaux et les écologistes s'attendent à ce que la décision dans cette affaire constitue un point marquant relativement au Chapitre 11 de l'ALENA. Si la décision est favorable à Methanex, elle pourrait déclencher une poussée soudaine de poursuites similaires de la part de compagnies ciblant les lois environnementales qui ne leur plaisent pas. Cela placerait une pression énorme sur les États-Unis et le Canada, qui se verraient alors sous l'obligation d'envisager de modifier l'ALENA.

### **Et bien d'autres...**

Nous ne savons pas exactement combien de sociétés canadiennes, américaines et mexicaines ont mis à profit le Chapitre 11 de l'ALENA - de loin l'outil de plus puissant jamais façonné pour permettre aux sociétés de remettre en question le gouvernement démocratique. Sept des cas connus visent le Canada, trois touchent les États-Unis, et cinq le Mexique. Dans tous les cas, sauf un, des sociétés canadiennes ou américaines sont à l'origine des poursuites. Voici quelques-uns des autres cas :

**Loewen Group**, une énorme société canadienne de services funéraires, a lancé une poursuite contre les États-Unis, réclamant 750 millions de dollars US, basée sur ce qu'il prétend être de l'expropriation, par le biais d'un jugement abusif de la part d'un jury concernant les dommages accordés à des maisons funèbres américaines de moindre envergure. Le tribunal a adjugé des dommages-intérêts exemplaires de 550 millions de dollars US.

**Mondev International**, une société de développement canadienne, poursuit les États-Unis pour 50 millions de dollars US, pour bris de contrat de la part de la ville de Boston concernant le développement d'un centre commercial, et pour des actions entreprises par l'état du Massachusetts visant à permettre à l'autorité de développement local de se soustraire à une décision prise par un tribunal américain.

**Pope and Talbot**, une compagnie forestière américaine installée en Colombie-Britannique, poursuit le Canada pour la somme de 507 millions de dollars US, soutenant que le gouvernement fédéral a agi de façon discriminatoire contre elle en distribuant les quotas en vertu de Régime de réglementation des exportations. Une décision initiale du tribunal de l'ALENA maintient que deux des demandes de la compagnie ne sont pas fondées. Les autres sont en instance.

**Halchett**, une compagnie américaine, a entamé une poursuite en vertu du Chapitre 11, alléguant qu'on lui a refusé une concession aéroportuaire au Mexique.

Aucune des parties impliquées n'a accepté de révéler de l'information sur cette affaire.

## **L'ALENA et l'avenir des Amériques**

Les cas décrits ci-dessus donnent une assez bonne idée de ce qui attend les gouvernements souverains et leurs lois et règlements si la ZLEA est signée dans son état actuel. Le Canada, un pays relativement fort et indépendant, a déjà été gravement touché par le Chapitre 11 de l'ALENA. La plupart des pays visés par la ZLEA seront dans une position beaucoup plus vulnérable relativement aux disciplines du genre de celles qu'on retrouve dans le Chapitre 11. Déjà forcés par la Banque mondiale et le FMI à « libéraliser » leurs économies, ils luttent pour maintenir les mesures susceptibles de les aider à consolider leurs économies, leurs industries et leurs programmes sociaux.

La ZLEA, dotée d'une disposition sur les investissements pareille au Chapitre 11, rendra quasi impossible toute initiative semblable de la part d'un gouvernement.

Il est important de noter que plus de la moitié des causes connues à date concernent des mesures touchant la santé ou l'environnement. Ce sont là deux domaines de politiques publiques essentielles au développement durable, et ce sont également deux domaines jugés les plus importants par le public en général. Il est tout à fait clair que ces domaines ont été ciblés en priorité par les sociétés visant l'élimination ou le contrôle.

Près de la moitié des causes visent des lois ou réglementations adoptées par des paliers de gouvernement infranationaux. Ces gouvernements municipaux et provinciaux/étatiques sont exclus des négociations de tous les accords. Et pourtant, les politiques visées par les sociétés relèvent en majeure partie de la juridiction de tels gouvernements infranationaux, en particulier au Canada.

Si nous étudions seulement les quinze poursuites entamées jusqu'ici, l'on pourrait soutenir que l'impact global des dispositions investisseur-état de l'ALENA a été relativement mineure. Mais le grand public n'a pas connaissance de la plus grande partie de l'impact, parce que les gouvernements sont discrètement engagés dans un processus de filtrage des nouvelles lois et réglementations, afin de s'assurer qu'elles ne sont pas contraires à l'ALENA.

Aux États-Unis, durant la période Reagan, lorsque le mouvement vers « l'expropriation réglementaire » redéfinissait l'expropriation, les résultats ont été immédiats. De crainte d'être poursuivis, les gouvernements locaux ont été forcés de revoir les nouvelles lois, pour les réduire souvent à une version édulcorée, ou même abandonnant complètement différentes initiatives. L'ALENA a eu le même effet d'intimidation sur les provinces canadiennes; celles-ci soumettent les nouvelles mesures à un « filtre commercial », pour évaluer ce qu'il pourrait en coûter si elles étaient remises en question.

Le nombre de poursuites va vraisemblablement augmenter rapidement. De nombreuses sociétés ignoraient jusqu'à récemment le pouvoir inhérent à cette disposition de l'ALENA, et la plupart des poursuites ont été lancées dans les trois dernières années. Au fur et à mesure que la puissance de cet outil sera mieux connue, l'on s'en servira de plus en plus comme moyen de défense contre les règlements gouvernementaux et comme arme d'attaque dans le cadre des stratégies mondiales des sociétés transnationales.

### **Nouvelle cible : les services publics**

L'idée que des dispositions semblables au Chapitre 11 se retrouvent dans la ZLEA est d'autant plus alarmante que les négociateurs espèrent y inclure également un vaste chapitre sur les services. Le ministère des Affaires étrangères et du commerce international (MAECI), soutient qu'il n'a pas fait de présentation au Groupe de négociations sur les services de l'ALENA. Mais la référence de la position du Canada en matière de commerce des services est l'AGCS - l'Accord général sur le commerce des services, de l'OMC. Nous n'avons aucune raison de croire que le Canada suivra, dans la ZLEA, un cours différent de celui qu'il a déjà suivi avec l'AGCS.

Les lignes directrices en matière de négociations de l'AGCS, appuyées par le Canada, précisaient qu'aucun service n'était à l'abri des négociations « a priori ». Et la disposition de l'AGCS sur la « réglementation nationale » a été reformulée afin de rendre vulnérables à des poursuites en vertu de l'OMC, les réglementations gouvernementales relatives à tous les services. Selon la nouvelle formulation, un gouvernement devrait pouvoir démontrer qu'une réglementation est « nécessaire » et qu'elle constitue la méthode « la moins contraignante pour le commerce » pour atteindre son objectif. Mais se débarrasser des réglementations qui sont trop « contraignantes pour le commerce » ne suffirait pas. Les gouvernements devront aussi adopter de nouvelles réglementations « en faveur de la concurrence » - c'est-à-dire favorisant le jeu de la concurrence des sociétés privées.

Bien que l'AGCS contienne une disposition prétendant protéger les services gouvernementaux, sa définition est si étroite qu'elle est pratiquement sans utilité. Pour qu'un service public soit protégé (ou exclu), il doit être « entièrement gratuit », et ne peut entrer en concurrence avec les fournisseurs commerciaux. Dans la pratique, cela signifierait que ni l'éducation publique ni l'assurance-médicaments ne répondraient aux critères d'exclusion de l'AGCS. Et nous ne savons pas si le chapitre sur les services de la ZLEA contiendra même cette maigre protection.

L'OMC elle-même fait référence à l'AGCS comme étant le premier « accord multilatéral en matière d'investissement » au monde - en fait, une autre version du défunt AMI. Les règles de l'AGCS donnent aux sociétés fournissant des services le droit d'établir une « présence » au Canada - en d'autres termes, le droit d'investir ici. Si le Canada poursuit une voie semblable dans la ZLEA, cela signifie que ce nouvel accord pourrait regrouper les pires caractéristiques à la fois de l'AGCS et de l'ALENA dans une attaque de front contre les services publics. Cela pourrait ouvrir les services de la santé, de l'éducation et autres aux sociétés américaines de services

géantes, et leur donner le droit, par le biais du Chapitre 11, de poursuivre tout gouvernement pour une mesure adoptée subséquemment dans le but d'améliorer ou de protéger ces services.

La plus grande menace dont le Canada et ses politiques publiques font l'objet ne vient pas du fait qu'un plus grand nombre de pays s'intéressent à la ZLEA. La plupart des sociétés de ces pays ne disposent ni des ressources ni de l'expertise nécessaires pour entreprendre de très coûteuses et très complexes poursuites. À peine une poursuite sur les 15 basées sur le Chapitre 11 de l'ALENA a été lancée par une compagnie mexicaine. La plus grande menace vient des gigantesques sociétés américaines de l'industrie des services dans les domaines de la santé, de l'éducation, de la culture et autres. En effet, c'est à la puissante US Coalition of Service Industries que nous devons l'inclusion des services à l'OMC. Ces géants américains dominent l'industrie des services privés partout dans le monde, et comptent sur la ZLEA, ainsi que sur l'OMC/AGCS pour ouvrir la porte des services publics à l'investissement privé.

### **Qu'en est-il de l'avenir des dispositions investisseur-état?**

Les responsables du MAECI ont coutume de rassurer les Canadiens et les Canadiennes quant à l'impact des accords commerciaux, soutenant que les gouvernements disposent encore de l'autorité nécessaire pour poursuivre diverses options en matière de politique publique. Toutefois, même le gouvernement canadien se rend maintenant compte que lorsqu'il a signé l'ALENA, il ne comprenait pas pleinement l'impact des dispositions sur les différends entre investisseur-état du Chapitre 11. Les choses ne se passent pas comme il s'y attendait.

Le ministre du Commerce, Pierre Pettigrew, annonçait le 13 décembre 2000, qu'il ne signerait pas un autre accord commercial contenant l'équivalent du Chapitre 11. Il s'est depuis informé auprès de deux pays signataires de l'ALENA quant à la possibilité de modifier le Chapitre 11 afin de permettre au gouvernement d'exercer légitimement des activités régulatrices. Les États-Unis ne sont pas inquiétés par ce chapitre, sans doute parce qu'il reflète leurs propres droits de propriété et lois sur l'expropriation. Le Mexique a tout simplement refusé d'envisager un changement, de crainte de voir les États-Unis apporter à l'ALENA d'autres changements, nuisibles aux intérêts mexicains. Pour ce qui est des négociations entourant la ZLEA, aucun pays mis à part le Canada n'a montré d'inquiétude face aux dispositions du Chapitre 11.

*Murray Dobbin est journaliste pigiste, militant et auteur de The Myth of the Good Corporate Citizen: Democracy Under the Rule of Big Business.*

---

### **Références**

\*Peter Morton, "\$1B Methanol Battle Fires up This Week." *National Post*, 5 septembre 2000, page C-1.

(1) Steven Shrybman, « BECAUSE WE SAY SO! » INVESTOR-STATE LITIGATION  
COMES OF AGE