

Retirer le Canada du système d'arbitrage international des investissements fondé sur des traités

Scott Sinclair, chercheur principal, Centre canadien de politiques alternatives

Le 21 avril 2021

Un mémoire soumis au Comité permanent du commerce international concernant son étude sur les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États : conséquences sélectionnées.

Au nom du Centre canadien de politiques alternatives (CCPA), j'aimerais remercier les membres du Comité permanent de nous donner l'occasion de commenter leur étude sur les conséquences et l'avenir du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) au Canada.

Je fais des recherches sur le régime de RDIE depuis plus de deux décennies en tant que directeur fondateur du projet de recherche sur le commerce et l'investissement du CCPA. Mes commentaires ici s'inspirent de mon plus récent rapport, *The Rise and Demise of NAFTA Chapter 11*, auquel vous pouvez accéder gratuitement sur le site Web du CCPA en cliquant sur [le lien suivant](#) (hyperlien¹).

La suppression du RDIE de l'ALENA renégocié a été une victoire cruciale de la souveraineté démocratique sur le pouvoir des investisseurs. D'ici trois ans, l'Accord Canada–États-Unis-Mexique (ACEUM) permettra d'éliminer le RDIE entre le Canada et les États-Unis et de le réduire considérablement entre les États-Unis et le Mexique.

À la fin des négociations de l'ACEUM en octobre 2018, Chrystia Freeland, alors ministre des Affaires étrangères, a décrit l'élimination du RDIE comme une réalisation dont le gouvernement était fier. « Le mécanisme faisait passer les droits des entreprises au-dessus de ceux des gouvernements souverains. En l'abolissant, nous renforçons le droit du gouvernement de réglementer, dans l'intérêt du public, pour protéger la santé publique et l'environnement », a-t-elle déclaré.

Les clauses de règlement des différends entre investisseurs et États figurant dans les traités internationaux de commerce et d'investissement permettent aux investisseurs étrangers de contourner les tribunaux nationaux et de poursuivre les gouvernements directement devant des tribunaux d'arbitrage internationaux privés. Avant l'ALENA, le RDIE faisait partie de traités bilatéraux entre les pays développés et les pays en développement, mais la signature du traité nord-américain marquait la première fois que l'arbitrage des investissements faisait partie d'un accord commercial régional global. Depuis lors, plus de 3 000 traités bilatéraux et régionaux ont été signés et incluent un système de RDIE.

¹ Les notes de bas de page et les citations du rapport sont omises dans ce mémoire.

En vertu des règles du RDIE, l'arbitrage peut être invoqué unilatéralement par les investisseurs étrangers, qui n'ont pas besoin de demander le consentement de leur gouvernement national et ne sont pas obligés d'essayer de résoudre une plainte en s'adressant au système judiciaire national avant de lancer une revendication. En vertu du chapitre 11 de l'ALENA, par exemple, le Canada, les États-Unis et le Mexique consentent à soumettre les plaintes des investisseurs à un arbitrage exécutoire, ce qui permet aux investisseurs de ne pas avoir recours aux tribunaux nationaux.

Si seuls les gouvernements nationaux sont responsables d'assurer leur défense dans les affaires soumises au RDIE, les mesures gouvernementales fédérales, provinciales et locales ainsi que les mesures des gouvernements des États sont souvent la cible des investisseurs. Les affaires sont jugées par des tribunaux composés de trois membres : un choisi par l'investisseur, un choisi par le gouvernement visé par la revendication et un troisième choisi d'un commun accord. Les décisions du tribunal sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un appel sur le fond devant les tribunaux nationaux.

Les investisseurs peuvent contester non seulement les actions discriminatoires des gouvernements, mais aussi les politiques non discriminatoires qu'ils estiment injustes ou qui contrarient leurs attentes légitimes (de l'avis des arbitres) en matière de profits. En fait, les investisseurs ont invoqué l'article 1105 de l'ALENA, qui permet aux investisseurs de contester des mesures non discriminatoires qui ne respecteraient pas les normes minimales de traitement prévues par le droit international coutumier, dans plus de 90 % des plaintes déposées dans le cadre de l'ALENA (voir le tableau des litiges dans mon rapport intitulé [The Rise and Demise of NAFTA Chapter 11](#)).

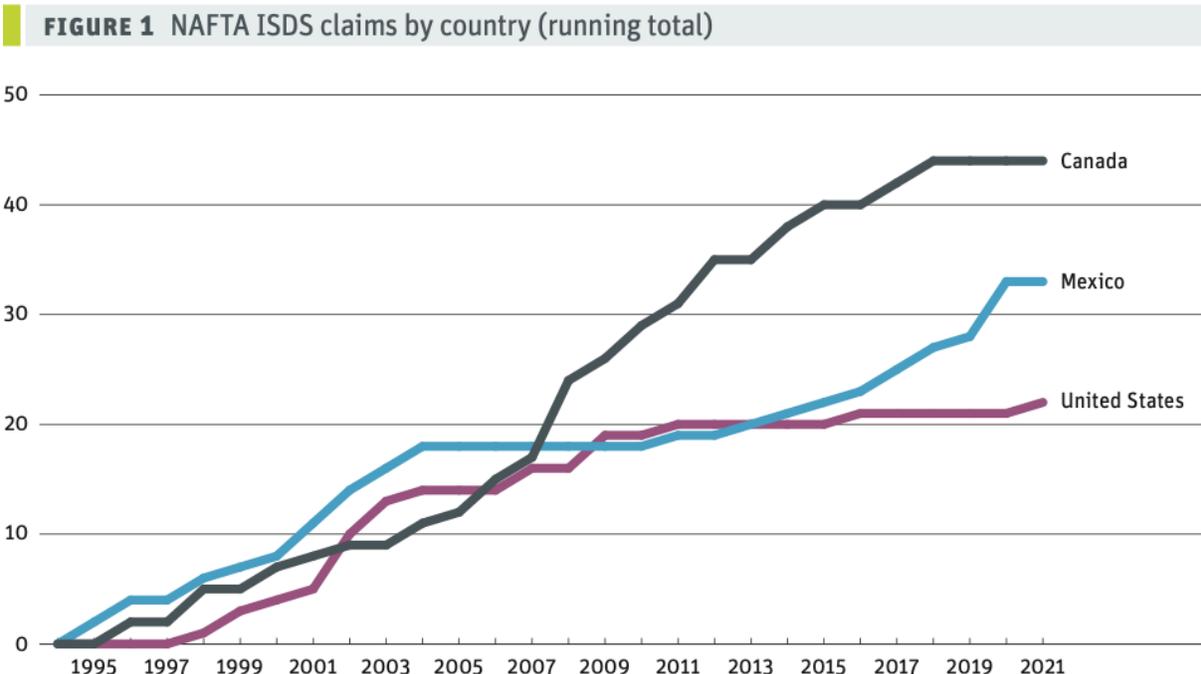


Figure 1 : ALENA — plaintes liées au RDIE par pays (total courant)

Canada

Mexique

États-Unis

Source du graphique : [The Rise and Demise of NAFTA Chapter 11](#), par Scott Sinclair (CCPA).

Le Canada reste la principale cible des investisseurs étrangers en vertu du chapitre 11 de l’ALENA (voir la figure 1, ci-dessus). Il a maintenant été poursuivi 44 fois. Le nombre de plaintes connues à l’encontre du Mexique a récemment connu une forte augmentation, mais, avec 33 plaintes, il est toujours inférieur à la part du Canada. Malgré leur taille et leur puissance économique, les États-Unis n’ont fait l’objet que de 22 plaintes.

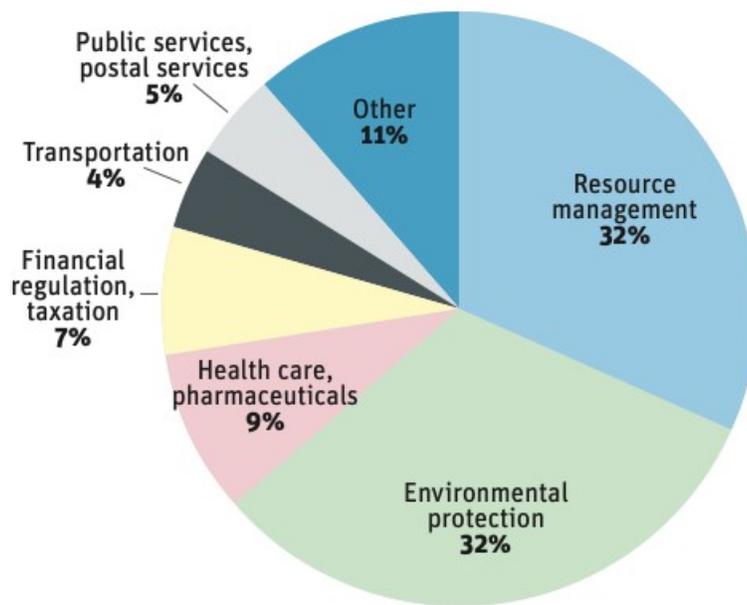
À ce jour, le Canada a perdu ou réglé (avec indemnisation) 10 plaintes. Les gouvernements canadiens ont versé plus de 263 millions de dollars en dommages et intérêts et en règlements. En outre, le Canada a engagé plus de 113 millions de dollars en frais juridiques irrécouvrables (jusqu’en mars 2020), selon les données obtenues en vertu d’une demande d’accès à l’information. Ces chiffres ne comprennent pas les intérêts ajoutés sur les paiements aux investisseurs, qui courent généralement à partir de la date à laquelle la violation présumée de l’ALENA a eu lieu.

Mesures environnementales fréquemment visées

Cependant, les dommages causés par le chapitre 11 de l’ALENA vont au-delà des sommes d’argent soutirées aux contribuables canadiens. La pire conséquence consistait à donner aux sociétés étrangères le pouvoir d’utiliser un système de justice privée pour contester des mesures de politique publique vitales et légitimes.

Les mesures de protection de l’environnement et de gestion des ressources naturelles ont été une cible privilégiée, représentant plus de 60 % des plaintes contre le Canada (voir la figure ci-dessous).

NAFTA claims against Canada by measure challenged



Plaintes contre le Canada dans le cadre de l'ALENA par contestations de mesure

Services publics, services postaux

Transport

Réglementation financière, fiscalité

Autre

Gestion des ressources

Protection de l'environnement

Soins de santé, produits pharmaceutiques

Source de la figure : [The Rise and Demise of NAFTA Chapter 11](#), par Scott Sinclair (CCPA).

Le Canada et les États-Unis ont commencé à corriger une grande injustice lorsqu'ils ont convenu de retirer le règlement des différends entre investisseurs et États du nouvel ALENA. Cette mesure réduit considérablement la vulnérabilité des deux pays aux litiges entre investisseurs et États. À l'exception d'une seule plainte, les 44 plaintes déposées contre le Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont été déposées par des investisseurs américains. De même, les investisseurs canadiens sont à l'origine de 20 des 22 plaintes déposées contre les États-Unis.

L'élimination du RDIE a également constitué une victoire remarquable pour les mouvements sociaux qui ont mené une campagne inlassable contre ce système, ainsi que pour les experts juridiques dont les avis critiques sur le RDIE ont fondamentalement affaibli tout argument en sa faveur. Dorénavant, la répudiation du RDIE dans l'ACEUM diminuera considérablement l'effet de dissuasion ou le frein aux initiatives stratégiques gouvernementales que constituait le RDIE, du moins au Canada et aux États-Unis. Cela est essentiel, d'autant plus que les citoyens et les membres des mouvements sociaux insistent pour que les gouvernements nord-américains prennent des mesures audacieuses afin de lutter contre les changements climatiques et l'injustice économique.

Bien entendu, les obligations de fond du chapitre sur la protection des investissements de l'ACEUM resteront applicables et pourront être mises en œuvre par l'entremise du règlement des différends entre États. Ces restrictions peuvent donc continuer à restreindre la marge de manœuvre des gouvernements élus qui espèrent introduire des mesures, telles que les politiques du « Green New Deal », qui vont à l'encontre des intérêts puissants des entreprises. Toutefois, comme l'application de ces règles est désormais discrétionnaire, on peut s'attendre à ce que cette arme soit utilisée avec plus de parcimonie que le RDIE, surtout si les trois pays vont dans la même direction politique.

Il reste encore beaucoup de chemin à parcourir si l'on veut éliminer complètement les menaces du RDIE, et ce, au niveau national qu'international. Malgré la forte critique formulée par la ministre Freeland à l'égard du RDIE lors de la signature de l'ACEUM, le gouvernement canadien est empêtré dans un vaste réseau d'accords bilatéraux et régionaux incorporant le RDIE. Le plus important est l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP), dans lequel un système de RDIE semblable à celui de l'ALENA protège les grands exportateurs de capitaux tels que le Japon et l'Australie. Le Royaume-Uni, troisième source d'investissement étranger direct du Canada après les États-Unis et l'Union européenne, a exprimé son intérêt à adhérer au PTPGP.

Le Canada a conclu des accords commerciaux globaux avec la Corée du Sud, le Chili, la Colombie et d'autres pays plus petits, qui incluent le RDIE. En outre, le Canada compte 38 accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) en vigueur, dont le plus important est l'APIE Canada-Chine. La plupart de ces traités bilatéraux contiennent une forme de RDIE.

L'APIE Canada-Moldavie a été signé le 12 juin 2018, lors des pourparlers de l'ACEUM, et est entré en vigueur le 23 août 2019. Les responsables canadiens cherchent également à inclure un chapitre sur le RDIE dans l'accord de libre-échange prévu, mais dont les négociations sont au point mort, avec le bloc commercial Mercosur (Brésil, Argentine, Uruguay et Paraguay), et ils semblent prêts à inclure une forme de RDIE dans les négociations imminentes avec le Royaume-Uni, l'Ukraine et l'Indonésie.

Interrogée par le porte-parole du NPD en matière de commerce, Daniel Blaikie, devant le Comité permanent du commerce international, une haute fonctionnaire canadienne chargée

du commerce a déclaré que : « Les dispositions convenues dans le chapitre de l'ACEUM sur l'investissement sont en fait adaptées au contexte particulier de l'Amérique du Nord. Alors que l'ACEUM conclu avec le gouvernement des États-Unis ne comporte pas de mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, de telles dispositions ont été conservées avec celui du Mexique dans le cadre du PTPGT. » En résumé, la fonctionnaire a souligné que : « Le Canada se garde la possibilité de négocier ou non des dispositions sur le règlement des différends entre investisseurs et États avec ses divers partenaires, une décision qui sera prise au cas par cas. »

Les investisseurs canadiens, en particulier ceux des secteurs minier et énergétique, sont de grands utilisateurs du RDIE contre d'autres gouvernements. Dans le cadre de l'ALE Canada-Colombie, par exemple, les dirigeants de trois sociétés minières canadiennes poursuivent le gouvernement de la Colombie en raison des mesures visant à interdire l'exploitation minière dans le *Páramo*, des zones humides alpines écologiquement sensibles qui fournissent plus de 70 % de l'approvisionnement en eau du pays.

De telles attaques contre l'intérêt public et les réglementations en matière de protection de l'environnement entachent la réputation internationale du Canada et sapent les efforts de protection de l'environnement qui bénéficieraient à la communauté mondiale. Pour ces raisons, et comme le souligne l'expérience du gouvernement du Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, il est grandement souhaitable que l'on mette fin à la menace que représente le RDIE pour l'intérêt public, à l'échelle tant nationale que mondiale.

Recommandations

S'il ne fait aucun doute qu'il reste beaucoup à faire si l'on veut inciter le gouvernement du Canada à renoncer à soutenir le RDIE, Gus Van Harten, professeur à l'Osgoode Hall Law School et l'un des plus grands experts canadiens et mondiaux en matière de RDIE, conseille judicieusement au gouvernement d'« adopter le point de vue d'une détermination sereine visant à se retirer des risques et des coûts liés au RDIE chaque fois que cela est possible » [TRADUCTION].

Il faudra du temps pour démêler le nœud d'accords contenant le RDIE. Toutefois, il s'agit d'un effort louable qui peut être accompli. D'autres démocraties, notamment l'Afrique du Sud, ont montré comment cela peut être fait.

Le Canada devrait prendre les mesures suivantes pour éliminer progressivement le RDIE :

1. Ne pas inclure le RDIE dans tout accord futur et ne pas ratifier les accords en cours qui contiennent le RDIE.
2. Communiquer à tous les pays partenaires des APIE conclus avec le Canada la volonté du pays de renégocier sur la base d'un nouveau modèle qui n'inclut pas de RDIE.

3. Pour les pays qui n'acceptent pas de renégocier, se retirer de l'APIE dès que possible, en donnant un avis de résiliation conforme aux termes de ces accords (y compris l'APIE Canada-Chine).
4. De même, pour les accords bilatéraux de libre-échange du Canada, offrir aux partenaires la possibilité de renégocier les dispositions relatives aux investissements sur la base d'un nouveau modèle qui n'inclut pas de RDIE. On a généralement inclus de telles dispositions à l'insistance du Canada, et on peut raisonnablement s'attendre à ce que les gouvernements actuels ou futurs de la Colombie, du Chili ou de la Corée du Sud saisissent cette occasion.
5. En suivant l'exemple de l'ACEUM, chercher à renégocier les accords commerciaux régionaux pour supprimer le RDIE. Le PTPGT constituera une difficulté importante et à long terme à cet égard. Cependant, dès maintenant, le Canada peut suivre l'exemple de participants comme la Nouvelle-Zélande et négocier des lettres d'accompagnement bilatérales, ou des ententes, selon lesquelles aucune des parties ne consent à une procédure de RDIE impliquant l'autre.
6. Si le Royaume-Uni souhaite adhérer au PTPGT, le Canada devrait insister pour obtenir une lettre d'accompagnement répudiant le RDIE entre les deux gouvernements et ne devrait pas accepter le RDIE dans tout pacte bilatéral de commerce et d'investissement entre le Canada et le Royaume-Uni.
7. Le Canada devrait faire savoir à l'UE et à ses pays membres qu'il n'appuie plus le système de tribunaux d'investissement proposé par l'AECG, mais toujours non ratifié, et qu'il croit que ces dispositions ne devraient jamais être mises en œuvre.

Comme l'a noté M. Van Harten dans son récent témoignage devant les membres de ce comité, un tel projet prendrait probablement une génération à achever. Cependant, bon nombre de ces mesures pourraient être prises immédiatement et porteraient des fruits immédiats en réduisant les risques et les coûts, tant économiques que sociaux, associés au RDIE.

Enfin, selon un principe coutumier du droit international, codifié dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, les traités ultérieurs entre mêmes parties et portant sur la même matière ont priorité sur les précédents. Les traités antérieurs ne peuvent être appliqués que dans la mesure où ils sont compatibles avec les traités postérieurs. Il est donc possible que, plutôt que d'avoir à défaire les traités de protection des investissements un par un, on puisse, en insérant une disposition dans un futur traité des Nations Unies ou un accord mondial sur les changements climatiques, neutraliser d'un seul trait de plume les contestations entre les signataires fondées sur le RDIE.

Mais il y a aussi d'autres raisons d'espérer. Le parrainage américain a joué un rôle central dans

la prolifération du RDIE. De même que les premiers cas en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont donné un coup de fouet au régime de RDIE en Amérique du Nord et dans le monde, son anéantissement dans l'ACEUM pourrait animer le processus inverse de démantèlement du système. En Europe, la colère gronde face aux procès intentés par des investisseurs qui exigent une compensation massive pour l'abandon progressif des combustibles fossiles. Des dizaines de pays du Sud, grands et petits, ont choisi de s'affranchir de traités d'investissement préjudiciables.

Même si la tâche ne sera pas facile, les perspectives de démantèlement du RDIE sont meilleures aujourd'hui que jamais. Nous exhortons le comité à recommander vivement au Canada de poursuivre le processus d'élimination du RDIE de tous ses accords internationaux.