

# Résumé

## NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest Julie Soloway, suivi d'un commentaire de Chris Tollefson

Les mesures de protection des investisseurs prévues au chapitre 11 de l'ALÉNA continuent de faire l'objet de vifs débats. Le Chapitre vise à créer un environnement sûr et prévisible, propice à la libre circulation des investissements en Amérique du Nord, ce qui, en retour, permet de réaliser des gains économiques substantiels. Les critiques prétendent toutefois que le chapitre 11 comporte de graves lacunes. L'une des lacunes les plus souvent évoquées est que le Chapitre favorise les intérêts des sociétés aux dépens des enjeux publics plus importants et qu'il mine la capacité des gouvernements d'adopter des mesures légitimes pour protéger l'environnement et la santé publique. Dernièrement, les parties à l'ALÉNA ont publié une déclaration pour préciser le sens d'une disposition clé du Chapitre et elles étudient la possibilité d'apporter d'autres précisions ainsi que certaines réformes.

Il est donc pertinent à ce moment d'évaluer le bien-fondé des différentes allégations formulées contre le chapitre 11 et d'examiner les réactions stratégiques appropriées. Dans ce numéro, nous donnons la parole à deux des principaux commentateurs du chapitre 11 au Canada, Mme Julie Soloway et M. Chris Tollefson. Nous leur avons demandé de s'exprimer sur les critiques du Chapitre et de faire part de leurs réflexions sur la possibilité de clarifications ou de réformes.

Mme Soloway soutient que l'allégation voulant que le chapitre 11 ait miné la réglementation environnementale est grandement exagérée. Elle est d'avis que la jurisprudence aux termes du Chapitre ne reflète pas du tout les pires scénarios prévus par certains critiques du Chapitre. Elle affirme que le Chapitre n'a sapé aucun règlement environnemental légitime en vigueur, pas plus qu'il n'est susceptible de refroidir le désir des législateurs de réglementer dans l'intérêt public. Mme Soloway estime que les tribunaux ont rendu des décisions favorables aux investisseurs étrangers seulement dans les cas les plus flagrants de conduite injuste ou discriminatoire de la part d'un gouvernement.

Bien que Mme Soloway convienne de l'existence d'une certaine incohérence dans l'interprétation des dispositions légales de l'ALÉNA, comme celles concernant la norme minimale de traitement (article 1105) et l'expropriation (article 1110), elle soutient que les tribunaux ont appliqué le Chapitre de façon prudente et responsable, dans l'esprit des objectifs pour lesquels il a été créé. En fait, la cause *Metalclad* est le seul cas dans lequel un tribunal a rendu une décision confirmant l'expropriation aux termes du Chapitre.

Mme Soloway fait toutefois remarquer que le régime actuel du Chapitre est peut-être « mûr pour une réforme » sur le plan de la procédure. Soulignant l'écart croissant entre le processus prévu au chapitre 11 et la transparence accrue des processus

de règlement des différends prévus dans d'autres accords commerciaux, elle laisse entendre que l'adoption d'un ensemble cohérent de règles pour régir la présentation de mémoires d'*amicus* pourrait renforcer la perception de légitimité du processus prévu au chapitre 11, en contribuant à une plus grande reconnaissance des différents enjeux publics dans ces instances. Elle précise toutefois qu'il faudrait veiller à ce que ces règles garantissent que la présentation de tels mémoires facilitent le processus plutôt que de le freiner en le rendant inutilement lourd pour les parties à un litige. Elle suggère de se pencher sur la possibilité de créer un organe d'appel permanent pour assurer une application plus cohérente des règles et se prémunir contre les décisions discutables de la part des tribunaux. En revanche, elle s'oppose à une plus grande clarification des dispositions de fond de l'ALÉNA pour le moment en faisant remarquer qu'une telle entreprise est loin d'être simple, car il serait difficile d'éliminer toute incertitude sans miner gravement la protection des investisseurs.

Compte tenu des négociations en cours de la Zone de libre-échange des Amériques et des autres accords à l'étude sur le commerce et les investissements, M. Tollefson soutient, pour sa part, que le Canada doit intervenir fermement, tant dans le cadre de l'ALÉNA que dans d'autres instances, pour s'assurer que les droits des investisseurs ne compromettent pas de façon injustifiée le droit des gouvernements de réglementer dans l'intérêt public.

À l'instar de Mme Soloway, il soutient que la mise en œuvre de réformes de la procédure pour accroître la transparence du régime du chapitre 11 et faciliter la participation des citoyens s'impose. En revanche, il affirme, contrairement à Mme Soloway, que les craintes que le régime pourrait empêcher les législateurs de promulguer des règlements légitimes et non discriminatoires pour protéger l'environnement ou la santé publique ne sont pas injustifiées. Il est d'avis que l'absence d'une disposition, analogue à l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, qui permettrait de façon explicite aux gouvernements parties à l'ALÉNA de justifier ces règlements lorsqu'ils sont contestés par des investisseurs, est une grave lacune du Chapitre.

M. Tollefson soutient par ailleurs que le pouvoir discrétionnaire que le Chapitre confère aux tribunaux est vague et trop général et qu'il mène parfois à des interprétations légales boiteuses et inappropriées en plus de permettre aux tribunaux de faire fi de témoignages et d'arguments légaux pertinents en l'absence de toute supervision ou responsabilité judiciaire véritable. Il conclut en offrant une analyse détaillée de la décision controversée rendue dans la cause *Metalclad* qui, à son avis, illustre de façon non équivoque la nécessité d'apporter des précisions au chapitre 11 tant sur le plan de la procédure que du fond.