

L'investissement dans l'Accord économique et commercial global Canada-Europe et ses conséquences pour le Québec

Alexandre L. Maltais

SEPTEMBRE 2011

Résumé

Depuis maintenant trois ans, le Canada et l'Union européenne poursuivent des négociations afin d'aboutir à un Accord économique et commercial global (AÉCG). Ce rapport propose une analyse pragmatique du contenu du chapitre sur l'investissement ainsi que certaines de ses conséquences sur le Québec.

Depuis les dernières années, les États ont multiplié les traités de protection et de promotion de l'investissement afin d'attirer de nouveaux flux de capitaux malgré les critiques qui dénonçaient la surprotection des investisseurs et mettaient en doute les avantages de ces politiques. Bien que la relation canado-européenne en matière d'investissement surpasse aujourd'hui la relation commerciale traditionnelle des biens et services, les parties négociatrices souhaitent supprimer les dernières barrières à la libre circulation des capitaux.

Le chapitre sur l'investissement de l'AÉCG contient les mêmes dispositions que le chapitre 11 de l'ALÉNA : la clause de la nation la plus favorisée, la règle du traitement national, la norme minimale de traitement, l'interdiction des expropriations sans indemnisation, l'interdiction des restrictions sur la liberté du capital et des prescriptions de résultats ainsi qu'un régime de règlement des différends.

La mise en œuvre du chapitre sur l'investissement de l'AÉCG Canada-Union européenne aurait des impacts majeurs sur l'économie du Québec. Le rapport aborde deux conséquences concrètes, d'abord sur les politiques environnementales et ensuite sur la mise en place du « Plan Nord » du gouvernement québécois. Il est démontré que les dispositions de l'Accord sont difficilement compatibles avec la législation environnementale et qu'elles permettront aux investisseurs de les contester. De plus, sans rendre impossible l'atteinte des objectifs du Plan Nord, l'AÉCG priverait le gouvernement d'outils qui permettraient la maximisation des retombées économiques et l'atteinte des objectifs de développement social.

En somme, l'adoption de ce modèle d'accord évacue la défense des intérêts supérieurs du Québec pour la promotion d'une idéologie économique et par la mise en œuvre des dispositions du traité qui contribuerait à la marginalisation de l'intérêt général au profit des investisseurs étrangers.

Table des matières

Introduction	1
PARTIE 1	
Mise en contexte	
1.1 Les accords de libéralisation de l'investissement	3
1.2 L'investissement transatlantique : l'état des lieux	4
PARTIE 2	
L'investissement et l'AÉCG, une copie conforme du chapitre 11 de l'ALÉNA	
2.1 Définition de l'investissement	7
2.2 La clause de la nation la plus favorisée	8
2.3 La règle du traitement national	9
2.4 Norme minimale de traitement	10
2.5 Les expropriations et l'exigence de compensation	11
2.6 Liberté du capital	12
2.7 L'interdiction de prescriptions de résultats	13
2.8 Le règlement des différends	14
2.9 Conclusion partielle	15
PARTIE 3	
Les conséquences du chapitre sur l'investissement	
3.1 Les politiques environnementales	17
3.2 Le « Plan Nord »	20
Conclusion	25
Bibliographie	27

Introduction

Depuis maintenant trois ans, le Canada et l'Union européenne poursuivent des négociations afin d'aboutir à un accord économique et commercial global. À la veille de la huitième ronde de négociations, qui a eu lieu à Bruxelles en juillet, les négociateurs et responsables politiques croyaient toujours être en mesure de conclure l'entente commerciale d'ici la fin de l'année 2011¹. Étant donné son champ d'application élargi à plusieurs secteurs économiques et son caractère permanent, sa mise en œuvre entraînera des conséquences majeures pour le Canada et le Québec.

Dans une première étude publiée en janvier 2011, nous avons analysé l'impact qu'aura l'entente en libéralisant les marchés publics des provinces sur l'économie québécoise. Plusieurs conséquences néfastes avaient été explicitées. Or, la question des marchés publics n'est pas le seul aspect controversé de l'Accord. En fait, le traité comportera inévitablement un chapitre sur les investissements.

La dernière version du brouillon d'accord datée d'octobre 2010 confirme l'existence d'un chapitre complet sur l'investissement bilatéral et le commerce des services. Ce n'est pas une surprise puisque le Canada et l'Union européenne avaient déjà publié conjointement des études favorables à la libéralisation de l'investissement. Devant cette volonté commune des parties, plusieurs observateurs ont mentionné leur inquiétude de voir un chapitre sur l'investissement qui comporterait les mêmes dispositions que le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA).

Il faut rappeler qu'à l'époque où le Canada a signé l'ALÉNA, on n'avait aucune idée à quel point son onzième chapitre deviendrait problématique. Même les plus fervents partisans de l'accord tripartite sont d'avis que des avocats « créatifs et astucieux » ont convaincu les tribunaux d'arbitrage d'interpréter certaines dispositions de manière totalement contraire à ce qui était anticipé par les négociateurs². Aujourd'hui, peu de gens se porteraient à la défense des dispositions de protection de l'investissement, jugées beaucoup trop favorables aux investisseurs.

Plusieurs organisations, dont le Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), ont durement critiqué cette section de l'ALÉNA, notamment en raison des recours que peuvent prendre les investisseurs³. À cause du chapitre 11 de l'ALÉNA, c'est en Amérique du Nord que les réclamations suite à une expropriation sont les plus nombreuses au monde⁴. Dans ce contexte, il est pertinent, avant de conclure l'entente, de connaître ses impacts.

À l'instar du premier rapport sur l'AÉCG Canada-UE, l'objectif n'est pas de faire le procès du libre-échange, mais plutôt d'offrir une analyse pragmatique des effets du futur chapitre sur l'investissement. Également, il importe de réaffirmer l'importance de la tenue d'un débat public avant

1. Éric DESROSIERS, « Libre-échange Canada-UE Une phase délicate s'amorce » *LeDevoir.com*, [En ligne], 9 juin 2011, [<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/325072/libre-echange-canada-ue-une-phase-delicat-s-amorce>]

2. Paul MAGNUSSON. « The Highest Court You've Never Heard Of: Do NAFTA judges have too much authority? », *Businessweek*, [En ligne: BW Online], 1^{er} avril 2002, [http://www.businessweek.com/magazine/content/02_13/b3776102.htm]

3. Rémi BACHAND, *Le chapitre 11 de l'ALENA : Problèmes de fond et de juridiction*, Document présenté au Sous-comité du Commerce international, des différends commerciaux et des investissements internationaux, Montréal, Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), 2004, p 6.

4. Charles LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements » *Annuaire français de droit international*, Paris, 2004, p 685.

la conclusion de l'accord de manière à ce que la société civile puisse s'exprimer sur les engagements qu'entend prendre le Canada avec l'Union européenne.

Qui plus est, nombreux sont ceux qui interprètent la présence des provinces à la table des négociations comme une évolution du fédéralisme qui donne l'opportunité au Québec de jouer un rôle d'importance dans ces négociations. Malgré les divergences d'opinions sur la signification de cette nouvelle présence provinciale, étant donné que ce sont les provinces qui ont la responsabilité de négocier avec les Européens l'élimination des barrières à l'investissement transatlantique, le Québec pourrait faire valoir une position plus raisonnable, équilibrée et qui tienne compte des erreurs du passé.

Mise en contexte

1.1 Les accords de libéralisation de l'investissement

Avant d'aborder la question des traités, il faut rappeler que la libéralisation de l'investissement est un des préceptes du libéralisme économique. La théorie économique dominante postule que l'augmentation du bien-être des sociétés passe inéluctablement par l'ouverture des marchés afin de permettre la libre circulation des biens, des services, voire des personnes, mais surtout de l'investissement. La libéralisation de l'investissement serait, toujours selon cette approche, une condition sine qua non du développement économique des sociétés. Il est pertinent de le souligner puisque c'est le point de départ de tous les documents gouvernementaux qui posent les bases des négociations de l'AÉCG Canada-Union européenne.

Depuis une quinzaine d'années, les États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont soutenu plusieurs initiatives multilatérales ayant pour objectif de favoriser les échanges. Ainsi, plusieurs accords ont pu être conclus, notamment en matière de libéralisation des biens, des services et des marchés publics. Une tentative d'en venir à un accord plurilatéral sur les investissements, l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), a cependant échoué, obligeant ainsi les États à multiplier les accords régionaux et bilatéraux portant sur les investissements.

L'objectif de ces traités est, bien évidemment, la protection des investissements en provenance de l'étranger « contre » l'État d'accueil. En effet, les traités bilatéraux et multilatéraux de promotion et de protection des investissements ont comme but principal « la défense de la propriété et la protection des investissements contre toute interférence illégitime des États⁵ ». La logique est la suivante : en diminuant le risque pour les investisseurs, les États signataires attireront davantage de flux de capitaux qui favoriseront la croissance économique. En bref, c'est la recherche de la prospérité par l'investissement étranger⁶.

À cet égard, il faut noter l'explosion du nombre de traités bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement (TBI) depuis les dernières décennies. Selon la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, plus de 2800 traités bilatéraux étaient en vigueur en 2008⁷. Il en résulte que la vaste majorité des États du monde est liée à un ou plusieurs accords de ce type. Par exemple, le Canada a conclu plus de 33 accords de protection de l'investissement étranger et négocie avec huit autres États⁸. Il n'en demeure pas moins que les pays dits du tiers-monde ont conclu beaucoup moins de TBI que les États occidentaux.

5. Lahra LIBERTI, « Investissements et droits de l'homme » dans P. KAHN et T. WÄLDE, éd. *New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, p. 791.

6. Kenneth J. VANDEVELDE, « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty » (1998) 92 *AJIL* 621, p. 627.

7. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « Les Accords internationaux d'investissement devraient davantage mettre l'accent sur la promotion des investissements, selon un nouveau rapport », Communiqué UNCTAD/PRESS/PR/2008/018, 21 juillet 2008.

8. Gouvernement du Canada, « Liste des APIE conclus par le Canada », Ministère des Affaires étrangères et Commerce international du Canada, [En ligne], [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa_list.aspx?lang=fra&menu_id=22]

Pourtant, cette approche ne fait pas consensus. D'une part, certains observateurs ont fait valoir qu'aujourd'hui, les garanties offertes aux investisseurs étrangers sont beaucoup trop grandes et que ces régimes sont surprotecteurs⁹. Après tout, il faut rappeler qu'à l'origine, les garanties aux investissements étrangers devaient être offertes par des États récemment décolonisés, instables politiquement ou dont le système de justice n'était pas bien établi. Or, le risque pour l'investisseur se retrouve considérablement réduit lorsque celui-ci choisit d'investir sur le territoire d'un État, comme le Canada ou le Québec, qui n'est nullement hostile aux capitaux étrangers. Pour reprendre les mots de Rémi Bachand, professeur à l'Université du Québec à Montréal :

« [...] l'époque où Salvador Allende évoquait la thèse du surprofit pour exproprier les entreprises états-uniennes œuvrant dans le secteur du cuivre pour ensuite leur demander de verser au Chili une compensation est terminée et il ne viendrait plus à l'idée d'un gouvernement de nier la légitimité des profits (quelle que soit leur importance) que font les entreprises¹⁰ [...] »

D'autre part, plusieurs organisations crédibles demeurent sceptiques vis-à-vis des avantages de ces politiques commerciales. Par exemple, le Conseil économique et social des Nations unies a émis l'avis selon lequel la libéralisation des régimes notamment en matière d'investissement et de finances « [...] ne débouche pas ipso facto sur une amélioration du bien-être de l'humanité en général ou sur une progression du développement économique en particulier¹¹. »

1.2 L'investissement transatlantique : l'état des lieux

La relation économique entre le Canada et l'Union européenne est importante en matière de commerce de biens et services, mais en décortiquant les types d'échanges transatlantiques, on découvre que cette relation ne se limite pas au commerce traditionnel. La part de l'investissement dans le commerce bilatéral occupe une place grandissante depuis déjà plusieurs années. Selon une étude publiée conjointement par l'UE et le Canada, la relation en matière d'investissement entre les deux entités est aujourd'hui plus importante que la relation commerciale traditionnelle, constituant l'élément moteur de la relation économique¹². D'ailleurs, l'UE est le deuxième partenaire en importance du Canada en matière d'investissement, tandis que le Canada est le quatrième pour l'Union européenne¹³.

Citant plusieurs recherches, l'étude conjointe arrive à la conclusion qu'il existe encore aujourd'hui plusieurs barrières à l'investissement étranger au Canada. En fait, le Canada compterait parmi les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

9. Saïda EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », AFDI 51, 2005, p. 542.

10. Rémi BACHAND, *op. cit.*, p. 12

11. J. OLOKA-ONYANGO et Deepika UDAGAMA, *Les droits de l'homme, objectif premier de la politique et de la pratique internationales commerciales, financières et en matière d'investissement*, Commission des droits de l'homme, Document de travail Doc off CES NU, 51^e session, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1999/11, p. 3.

12. Canada et Union européenne, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et DG Commerce, *Évaluation des coûts et avantages d'un partenariat économique plus étroit entre l'Union européenne et le Canada* (Étude conjointe), traduction officielle de la version anglaise de l'étude intitulée *Assessing the Costs and Benefits of a Closer Economic Partnership*, Québec, 2008, p. 37.

13. *Ibid.*, p. ii.

dont le coefficient de caractère restrictif de l'investissement direct étranger (IDE)¹⁴ est le plus élevé, derrière l'Autriche, mais devant tous les autres membres de l'Organisation¹⁵. Bien que le document gouvernemental cite d'autres analyses arrivant à des conclusions opposées quant à l'ouverture du Canada à l'IDE, elle conclut que l'élimination de ces barrières entraînerait une intensification des investissements bilatéraux qui serait bénéfique pour les partenaires. Principalement, elle aurait pour effet de rendre plus concurrentiel le Canada sur le plan mondial¹⁶.

Pourtant, un sondage mené auprès de 660 compagnies européennes investissant au Canada arrive à la conclusion, entre autres, que le climat d'investissement au Canada est positif, que les procédures administratives sont rapides et que les gouvernements offrent déjà de bons incitatifs¹⁷. À preuve, entre 2002 et 2007, « [l]es niveaux de l'investissement bilatéral ont augmenté en termes absolus [...], et ce, à des taux supérieurs à ceux des investissements respectifs faits par les deux partenaires aux États-Unis¹⁸. » En bref, les conditions pour les investissements étrangers au Canada sont déjà plutôt favorables.

Par ailleurs, il est impossible de conclure qu'un accord portant sur l'investissement favorise l'arrivée de nouveaux capitaux. Par contre, plusieurs économistes sont d'avis que d'autres facteurs, tels le climat politique et l'existence de systèmes de droit¹⁹ ou des conditions économiques locales et les politiques gouvernementales²⁰ sont des facteurs déterminants. Selon un sondage mené par l'Agence multilatérale de garantie des investissements, une filiale de la Banque Mondiale, l'existence d'un traité international sur l'investissement est un facteur secondaire dans l'évaluation d'un endroit où investir²¹. En fait, l'Accord économique et commercial global canado-européen n'aurait qu'un effet très marginal sur l'accueil d'investissements directs étrangers au Québec et au Canada.

S'il reste encore aujourd'hui certaines barrières à l'entrée de l'investissement étranger, ces « obstacles » à la libre circulation des capitaux ne sont pas en place sans raison. Les plus importantes, celles qui se trouvent dans les secteurs des télécommunications²², des banques, de l'énergie et des « services culturels²³ »²⁴, ont des fonctions stratégiques. Par exemple, les mesures de restriction de l'investissement étranger touchant l'industrie culturelle, c'est-à-dire les « [...] industries produi-

14. Indice développé par l'OCDE

15. Canada et Union européenne, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et DG Commerce, *op. cit.*, p. 53.

16. *Ibid.*, p. 194

17. Katelyne GHÉMAR et autres, *Study on Foreign Direct Investment (FDI) and Foreign Affiliate Trade (FAT) between the EU and Canada. Final Report*, Bruxelles, Market Access Information and Analysis (MAIA), 2005, p. 20.

18. Canada et Union européenne, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et DG Commerce, *op. cit.* p. V.

19. Eric NEUMAYER et Laura SPESS, « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? », *World Development*, vol. 33, n°10, 2005, p. 1567.

20. Jeswald W. SALACUSE et Nicholas P. SULLIVAN, « Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain », *Harv ILJ*, vol. 46, n° 1, 2005, p. 96.

21. Multilateral Investment Guarantee Agency. *Foreign Direct Investment Survey*, The World Bank Group/MIGA, Janvier 2002, p. 16-19.

22. Le gouvernement canadien a annoncé son intention de libéraliser les télécommunications lors du Discours du Trône de l'année 2010.

23. Définis dans la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO (2005), les activités, biens et services culturels « renvoient aux activités, biens et services qui, dès lors qu'ils sont considérés du point de vue de leur qualité, de leur usage ou de leur finalité spécifiques, incarnent ou transmettent des expressions culturelles, indépendamment de la valeur commerciale qu'ils peuvent avoir. Les activités culturelles peuvent être une fin en elles-mêmes ou bien contribuer à la production de biens et services culturels. »

24. Katelyne GHÉMAR et autres, *op. cit.*, p. 127.

sant et distribuant des biens ou services culturels »²⁵, qui comprend la distribution de livres et de journaux, les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution, la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique²⁶, etc. ont permis au Québec d'élaborer une politique culturelle propre. Selon un rapport commandé par le Fonds québécois de recherche sur la société et la culture, plus de 180 lois, mesures ou instruments ont été mis en place par les différents niveaux de gouvernement dans le cadre de leurs politiques culturelles²⁷. Concrètement, la Loi sur Investissement Canada prévoit que « [...] les investissements étrangers dans le domaine de l'édition et de la distribution du livre doivent être compatibles avec la politique culturelle nationale et être à l'avantage net du Canada et du secteur sous contrôle canadien²⁸. » Évidemment, ces mesures de restriction sont incompatibles avec les principes du libre-échange, mais elles ne sont pas moins pertinentes compte tenu de la situation linguistique du Québec en Amérique du Nord.

Pour conclure cette section sur l'état de l'investissement transatlantique, rappelons qu'en dépit des obstacles à l'investissement étranger au Canada, au cours des dernières années, le flux d'investissement bilatéral a dépassé le commerce des biens et services dans la relation économique canado-européenne. Cette situation n'est certainement pas étrangère au climat jugé favorable pour l'investissement étranger au Canada. Malgré cela, des intervenants semblent penser, comme le « Conference Board of Canada », que la relation transatlantique en matière d'investissement est toujours sous-exploitée²⁹ et que seul un accord ambitieux pourra remédier à la situation. Dans la prochaine section, il sera question du contenu normatif du chapitre portant sur les investissements dans le projet d'accord canado-européen.

25. Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée à Paris le 20 octobre 2005, UNESCO.

26. Katelyne GHÉMAR et autres, *op. cit.*, p. 132

27. Claude MARTIN et autres, *Le Modèle québécois des industries culturelles. Livre, enregistrement sonore, longs métrages, jeux vidéo, bibliothèques*, Fonds québécois de recherche sur la société et la culture, Rapport de recherche, 2010, p. 16.

28. Gouvernement du Canada, Patrimoine canadien: Loi sur Investissement Canada, *Politique révisée sur les investissements étrangers dans l'édition et la distribution du livre*, [En ligne], 2008. [<http://www.pch.gc.ca/invest/bkp-fra.cfm>].

29. Cai WENGUO et Daniel LEMAIRE, *Lost Over the Atlantic? The Canada-EU Trade and Investment Relationship*, The Conference Board of Canada, Report, June 2006, p. 27

L'investissement et l'AÉCG, une copie conforme du chapitre 11 de l'ALÉNA

Pour les raisons citées précédemment, l'Accord canado-européen contiendra inévitablement une section, voire un chapitre complet, sur la libéralisation de l'investissement. Tous les accords de protection et de promotion de l'investissement ne sont pas identiques, mais ils partagent un certain nombre de similitudes. De manière générale, ils contiennent quatre types de clauses essentielles : a) une clause portant sur l'accueil des capitaux, b) une seconde sur la protection des investissements constitués, c) une troisième ayant pour but de garantir les montants investis et d) une dernière qui a trait au règlement des différends³⁰.

L'Accord économique et commercial global ne fait pas exception : une lecture de la dernière version du brouillon de l'accord confirme que l'investissement a bel et bien fait l'objet de discussions. Bien qu'elles ne soient pas terminées, elles ont permis de développer une bonne partie de ce qui deviendra le chapitre sur l'investissement et le commerce des services. Dès lors, il est pertinent d'en analyser le contenu avant la fin des négociations.

La prochaine section sera consacrée à une analyse du contenu normatif du chapitre de l'AÉCG portant sur l'investissement. D'un côté, en ce qui concerne les droits des investisseurs, l'accord canado-européen est identique au chapitre 11 de l'ALÉNA. Il octroie le droit à un traitement non moins favorable que celui consenti aux nationaux ou celui accordé à un État tiers : le droit à un traitement juste et équitable, la liberté de transférer les capitaux, le droit de ne pas être soumis à des prescriptions de résultats, etc. En fait, les négociateurs ont repris la plupart des libellés d'articles du chapitre 11 de l'ALÉNA. Les différences sont donc mineures et ne touchent pas au fond. D'un autre côté, le brouillon du texte reste muet sur le règlement des différends en matière d'investissement. Il ne faut toutefois pas en conclure que la version définitive de l'AÉCG ne comportera pas de telles clauses puisqu'elles sont essentielles, et présentes dans tout accord du genre portant sur l'investissement. Qui plus est, le texte fait mention d'une section sur les différends en matière d'investissement restant « à déterminer ». C'est donc dire que cet aspect n'avait toujours pas fait l'objet d'une entente au moment de rédiger cette version du texte, c'est-à-dire en octobre 2010.

2.1 Définition de l'investissement

La définition de la notion d'investissement est une opération qui peut paraître futile. Toutefois, elle n'est pas sans importance dans le cadre d'un traité de protection et de promotion de l'investissement ou, comme dans le cas qui nous occupe, un accord plus global, lorsqu'on observe les conséquences d'une définition trop extensive. Une telle définition fait en sorte que pratiquement

30. Voir à ce sujet Charles LEBEN, *op. cit.*

tous les types d'entreprises ou d'investissements se retrouvent protégés³¹ et non pas seulement les investissements directs étrangers (IDE). C'est d'ailleurs une des critiques adressées au chapitre 11 de l'ALENA.

En ce qui a trait à l'AÉCG, la plus récente version du brouillon est muette sur la définition du concept. Il faut donc conclure que les parties n'en avaient pas encore déterminé la portée. Plusieurs définitions sont possibles, mais essentiellement, celle qui sera retenue se trouvera entre la définition classique de l'investissement direct étranger, c'est-à-dire « [l'ensemble] des activités qui sont contrôlées et organisées par des entreprises (ou groupes d'entreprises) en dehors du pays dans lequel ces dernières ont leur siège et où les décideurs principaux se trouvent³² », et celle de l'investissement de portefeuille, qui comprend toutes les formes de participation en fonds propres à une entreprise^{33,34}. Ce qu'il faut retenir, c'est que plus elle touchera de types d'investissements, plus elle sera avantageuse pour les investisseurs étrangers et plus elle donnera des possibilités de poursuites contre les gouvernements.

Évidemment, les négociateurs sont libres de choisir la définition qui convient aux deux parties, en la limitant à la protection du traité aux investissements directs étrangers, par exemple. Cependant, il est plus probable que ceux-ci conservent le modèle de l'ALENA puisque, les négociateurs ont choisi de reproduire la plupart des dispositions du chapitre 11.

2.2 La clause de la nation la plus favorisée

Une des clauses qui se retrouvent dans les accords de libre-échange est celle de la nation la plus favorisée (NPF). Si les dispositions varient dans leur forme, elles ont toutes la même fonction : « [garantir] que les parties à un traité octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'autres traités dans les secteurs visés par la clause³⁵. » En matière d'investissement, cette clause signifie qu'un État lié à un accord traitera les investisseurs d'un autre État lié « dans des conditions non moins favorables » que n'importe quel État tiers. « [Elle] garantit que les investisseurs étrangers et leurs investissements (ceux d'un autre pays membre de l'Accord de commerce et d'investissement) ne sont pas moins bien traités que tout autre investisseur étranger et ses investissements³⁶. » En bref, le traité interdit la discrimination entre les investisseurs étrangers des différents pays³⁷. Ultimement, cette disposition oblige les États à rehausser les standards en matière de protection des investissements étrangers contre la discrimination.

31. Rémy BACHAND et autres, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI*, vol. 49, 2003, p. 590.

32. Système d'information sur le commerce extérieur (SICE), *Dictionnaire de termes commerciaux : investissement*, [En ligne : SICE], 2011. [http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_f.asp]

33. *Ibid.*

34. Eric M. BURT, « Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization », *American University International Law Review*, vol.12 n°6, 1997, p 1042.

35. OCDE, *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement : Complément aux perspectives de l'investissement international*, Éditions OCDE, 2006, p. 140.

36. Système d'information sur le commerce extérieur (SICE), *Dictionnaire de termes commerciaux : investissement*, [En ligne : SICE], 2011. [http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_f.asp]

37. Eric M. BURT, *op. cit.*, p. 1041

Au fil des années, le Canada et les États-Unis ont développé un modèle typique de formulation dans les traités qu'ils négocient avec les autres États. Celui-ci est sensiblement différent du modèle européen puisqu'il applique la clause de la nation la plus favorisée « [...] à la fois au stade de l'établissement et au stade postérieur à l'établissement³⁸. » En étudiant le texte de l'AÉCG, il semble que les négociateurs aient opté pour le modèle nord-américain :

« Chacune des Parties accordera aux investisseurs 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 tiers³⁹, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements⁴⁰. »

À cela s'ajoute une liste d'exceptions prévue par les parties, qui n'est pas disponible pour l'instant.

En libéralisant l'accueil des investissements, les États se privent de la liberté de décider dans quelles conditions ils souhaitent recevoir les investissements étrangers. Pour reprendre les mots d'un spécialiste de la question, poser le principe de liberté d'accès des investisseurs équivaut à « [...] clairement établir un régime de porte ouverte aux investissements étrangers⁴¹ [...] » Ce choix est difficilement compréhensible compte tenu des critiques faites à l'endroit de l'ALENA, qui, tout comme l'Accord multilatéral de l'investissement (AMI), posait le principe de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) à l'établissement de l'investissement étranger.

2.3 La règle du traitement national

Généralement inscrite dans tous les traités bilatéraux d'investissement, la clause du traitement national protège les investisseurs étrangers des politiques discriminatoires de la part des États. « [Ce principe] garantit que les investisseurs étrangers et leurs investissements (ceux d'un autre pays membre de l'Accord de commerce et d'investissement) ne sont pas moins bien traités que tout investisseur local et ses investissements⁴². »

À l'instar de la clause NPF, la règle du traitement national s'applique tant à l'accueil (l'établissement) qu'après la constitution de l'investissement, c'est-à-dire le traitement ultérieur. En d'autres termes, les partenaires transatlantiques ont fait le choix d'opter intégralement pour le modèle nord-américain, ce qui n'est pas sans causer des problèmes. Par exemple, la disposition limite la liberté d'action des gouvernements. Pour certains juristes, « [C]ette clause empêche un pays de protéger temporairement un secteur de son économie qui pourrait éventuellement devenir stratégique

38. OCDE, *op. cit.*, p. 145.

39. Les négociateurs européens ont proposé la notion de « major trading economy », c'est-à-dire un pays dont la portion du commerce mondial équivaut à plus de 1 %, au lieu de « tout autre Partie ». Cette modification rendrait possible un traitement différencié pour les pays sous-développés.

40. Traduction libre de l'article X.4 : Most-Favoured Nation Treatment, para. 1, p. 101.

41. Charles LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », dans *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre?* Journée d'études par la SFDI, Paris, Pedone, 1999, p. 3.

42. Système d'information sur le commerce extérieur (SICE), *Dictionnaire de termes commerciaux : investissement*, [En ligne : SICE], 2011. [http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_f.asp],

contre la concurrence étrangère⁴³. » Ainsi, le gouvernement fédéral, ou même du Québec puisque l'Union européenne a suggéré d'étendre cette obligation à l'ensemble des gouvernements subfédéraux⁴⁴, aurait moins de latitude dans l'élaboration de sa politique économique.

2.4 Norme minimale de traitement

La disposition sur la norme minimale de traitement de l'AÉCG est calquée sur l'article 1105 de l'ALÉNA. Elle pose les principes de traitement juste et équitable en plus d'offrir une protection et une sécurité intégrales aux investissements étrangers. Ce serait donc le traitement « minimal » à offrir à toute personne située sur le territoire de l'UE et désireuse d'investir au Canada et inversement.

D'abord, il est plus aisé de comprendre le sens du second élément de la norme minimale de traitement, c'est-à-dire l'obligation de « protection et sécurité intégrales ». Cet élément est généralement compris comme étant une obligation, pour un gouvernement, de protéger physiquement les avoirs des étrangers en prenant toutes les mesures raisonnables⁴⁵. Dans les faits, il s'agit, pour l'État d'accueil, d'assurer la protection policière de tout bien ou actif appartenant à des étrangers⁴⁶. Cependant, l'État d'accueil n'est pas pour autant responsable de la destruction d'un investissement si les responsables n'agissaient pas sous l'autorité directe de l'État⁴⁷.

Ensuite, il faut souligner le caractère amphibologique de la notion de « traitement juste et équitable ». En effet, les spécialistes, les arbitres et les représentants des États en ont fait plusieurs interprétations⁴⁸. Il peut s'agir d'un traitement en conformité avec le droit international coutumier, comme l'affirme le gouvernement canadien dans son nouveau modèle d'accord de promotion et de protection de l'investissement étranger⁴⁹, mais dans une affaire relevant de l'ALÉNA, le tribunal a avancé que cette notion était évolutive, et qu'elle doit donc être interprétée selon le contexte historique⁵⁰. En 2001, la Commission du libre-échange de l'ALÉNA a même dû publier une note d'interprétation contraignante pour la définir correctement⁵¹. Bref, il n'y a aucun consensus sur la signification véritable du traitement juste et équitable et il est difficile de prévoir l'interprétation que feront les tribunaux d'arbitrage de la notion de la norme minimale de traitement après la conclusion de l'accord canado-européen.

43. Rémi BACHAND, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe-t-il une alternative au modèle ALÉNA?* Groupe de recherche sur l'intégration continentale, 2001, p. 3.

44. Article X.4 : Most-Favoured Nation Treatment, para. 3, p. 101.

45. OCDE, *op. cit.*, p. 91.

46. Lahra Liberti, *op. cit.*, p. 13.

47. Rudolf DOLZER et Margrete STEVENS, *Bilateral investment treaties*, Martinus Nijhoff, 1995, p. 61.

48. OCDE, *op. cit.*, p. 81-82.

49. OCDE, *op. cit.*, p. 96.

50. *Ibid.*, p. 102-103.

51. Gouvernement du Canada, *ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement : Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, [En ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada], Commission du libre-échange de l'ALÉNA – 31 juillet 2001, [2001]. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=fra>

En conclusion, il faut souligner que la juxtaposition des dispositions sur le traitement juste et équitable, du traitement national et de la nation la plus favorisée peut avoir des effets importants. Selon le professeur Charles Leben, l'inscription de cette combinaison de clauses revient à donner aux investisseurs étrangers le choix du régime le plus favorable dans les circonstances⁵², sans pour autant accorder ce droit aux nationaux. Le résultat est que les investissements étrangers peuvent être mieux protégés que les investissements des nationaux⁵³. Donc, en voulant protéger à tout prix les investisseurs étrangers, on impose de facto une discrimination envers les investisseurs locaux, québécois ou canadiens. Le risque étant considérablement réduit, l'investisseur étranger obtient un avantage comparatif.

2.5 Les expropriations et l'exigence de compensation

Les clauses portant sur les expropriations directes et indirectes et l'exigence de compensation ont pour but de protéger et de garantir les investissements étrangers. Ces dispositions assurent les investisseurs qu'en cas de perte de profits causée par une expropriation de l'État d'accueil, ce dernier offre une indemnité appropriée, c'est-à-dire réputée « adéquate, effective et rapide⁵⁴ ». Tous les accords de commerce comportant une section sur l'investissement offrent cette protection aux investisseurs.

Les débats sur la question des indemnisations ont bien évolué : jusqu'au début des années 1990, ils portaient surtout sur le montant de l'indemnisation à accorder à un investisseur étranger suite à une expropriation. Puis, l'élaboration de la doctrine de l'expropriation indirecte a radicalement changé la donne. De manière générale, une expropriation indirecte peut être définie comme étant :

« [l'] ingérence d'un État dans l'utilisation [d'un] bien ou des avantages que celui-ci procure sans qu'il soit même saisi ou que le titre légal de propriété en soit affecté. Les mesures de l'État ont alors un effet analogue à celui d'une expropriation ou d'une nationalisation et l'on parle généralement dans ce cas d'expropriation "indirecte", "rampante", ou "de fait" ou encore de mesures "équivalent" à une expropriation⁵⁵. »

Bien qu'il se dégage un consensus autour de l'illicéité de l'expropriation, une difficulté subsiste dans la distinction entre une réglementation ne donnant pas lieu à indemnisation et une expropriation indirecte puisqu'il n'existe, à ce jour, aucune définition claire et généralement acceptée de cette dernière⁵⁶. Cette indétermination entraîne une problématique majeure : l'impossibilité de prévoir la conformité d'une nouvelle réglementation aux dispositions interdisant les expropriations indirectes. Conséquemment, les États doivent s'en remettre aux tribunaux d'arbitrage qui jugent de la validité des nouvelles législations mises en cause par les investisseurs étrangers, au cas par cas⁵⁷.

52. Charles LEBEN, *op. cit.*

53. Sabrina ROBERT, *La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement*, Conférence biennale de la Société Européenne de Droit International, 2006, p. 5.

54. Charles LEBEN, *op. cit.*

55. OCDE, *op. cit.*, p.51.

56. *Ibid.*, p.52

57. *Ibid.*, p.59.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, de nombreux investisseurs ont plaidé que certaines lois avaient des effets équivalant à une expropriation et réclamaient des indemnités. Aujourd'hui, il est presque impossible de prévoir le résultat d'un arbitrage puisque les jugements rendus se contredisent, causant de nombreuses incohérences.

2.6 Liberté du capital

L'Accord accorde aux investisseurs une liberté totale en matière de mouvements de capitaux. À l'instar de l'ALENA, les parties s'engagent à ne pas imposer des restrictions aux transferts, incluant les profits, les dividendes, les gains de capitaux, etc. L'article portant sur les transferts (Article 8.1 : Current Payments, p. 105) garantit aux investisseurs d'obtenir leurs gains dans la monnaie utilisée initialement pour l'investissement ou toute autre monnaie convertible au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert.

Il est compréhensible que les gouvernements souhaitent rassurer les investisseurs relativement à leur capacité de rapatrier leurs investissements. Les tenants de la libéralisation du capital avancent plusieurs arguments, notamment que les mouvements de capitaux permettent l'allocation optimale des ressources⁵⁸, qu'ils peuvent fournir le financement pour des projets à haut rendement et que les IDE amènent de nouvelles technologies, de meilleures pratiques de gestion, etc. Cependant, des conditions très exigeantes doivent être remplies pour profiter pleinement de ces avantages⁵⁹. En d'autres termes, la libéralisation fonctionne en théorie, mais la pratique démontre que les restrictions aux mouvements des capitaux sont toujours pertinentes. Par exemple, des pays comme la Chine et l'Inde, champions de la croissance économique, ont conservé des restrictions à la liberté du capital beaucoup plus importantes que la plupart des pays développés et qui se sont avérées utiles lors des crises qui ont frappé l'Asie⁶⁰.

Il sera pertinent de voir quels types d'investissements seront protégés par l'AÉCG. Une définition large qui inclurait les investissements de portefeuille jumelés à une interdiction de poser des restrictions à la liberté des capitaux constituerait un risque. En effet :

« L'extrême volatilité des investissements de portefeuille peut avoir des conséquences gravissimes sur la stabilité économique d'un pays [et] une des façons de contrôler la volatilité des investissements et de stabiliser les capitaux à l'intérieur d'un territoire national consiste en la création de normes de contrôle sur les opérations spéculatives⁶¹. »

Selon la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), les nombreuses crises qui ont frappé l'économie mondiale ont renforcé l'intérêt pour les flux de

58. Richard N. COOPER, *Should Capital Controls Be Banished?* Working Paper 99-09, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, Avril 1999, p. 21

59. *Ibid.*, p. 53.

60. Kristin J. Forbes, « The Microeconomic Evidence on Capital Controls: No Free Lunch », dans Sebastian EDWARDS, *Capital Controls and the Capital Flows in Emerging Economies: Policies, Practices, and Consequences*, University of Chicago Press, 2007, p. 172.

61. Rémy BACHAND et autres, *loc. cit.*, p. 602-603.

capitaux plus stables⁶². La récente crise financière a également fait la démonstration des risques que présentent les fonds spéculatifs. Or, les restrictions sur la liberté des capitaux éloignent l'entrée de ce type de capitaux volatils⁶³. En somme, en interdisant tout contrôle sur les déplacements de capitaux, les partenaires se priveraient d'un moyen efficace de garantir une stabilité économique et financière⁶⁴.

2.7 L'interdiction de prescriptions de résultats

Les prescriptions de résultats sont des conditions imposées aux investisseurs étrangers par l'État d'accueil. Elles sont utilisées par les gouvernements pour exercer une influence sur le comportement des investisseurs⁶⁵. Il peut s'agir d'exigences relatives à la teneur locale⁶⁶, en matière d'exportation, à l'emploi de travailleurs locaux ou l'obligation de partager une technologie⁶⁷. Certaines sont obligatoires tandis que les autres sont basées sur des incitatifs, une subvention étatique par exemple. Leur objectif est de maximiser les effets bénéfiques des investissements étrangers sur l'économie de l'État d'accueil⁶⁸.

Bien que certains spécialistes mettent en doute leur efficacité, plusieurs autres défendent leur pertinence. Par exemple, Dani Rodrik, professeur à l'Université Harvard, est d'avis que les exigences en matière d'exportation contribuent au bien-être économique des sociétés qui accueillent les investissements⁶⁹. Pour un autre auteur, l'utilisation des prescriptions de résultats imposant l'utilisation de contenu national est particulièrement efficace pour contribuer à augmenter la compétitivité des firmes locales et ainsi favoriser le développement économique des États d'accueil⁷⁰. Selon une étude exhaustive de la CNUCED,

« L'efficacité des diverses obligations dépend notamment de la précision des objectifs, de la capacité des gouvernements d'appliquer diverses politiques, de la capacité d'absorption de la main-d'œuvre et des entreprises locales, et du degré de compatibilité des mesures avec d'autres politiques⁷¹.

62. United Nations Conference on Trade and Development, *FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, World Investment Report 2003, Doc off CNUCED, 2003, p 85.

63. Rémi BACHAND, *op. cit.*, p. 5.

64. Rémi BACHAND, *op. cit.*, p 5.

65. Système d'information sur le commerce extérieur (SICE), *Dictionnaire de termes commerciaux : investissement*, [En ligne : SICE], 2011. [http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_f.asp]

66. Exigence que les biens produits par l'investisseur contiennent un certain niveau de matériaux locaux.

67. Jürgen KURTZ, « A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol.23, n°4, 2002, p. 727.

68. *Ibid.*

69. Dani RODRIK, « The Economics of Export-Performance Requirements », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 102, n°3, 1987, p. 649.

70. Jürgen KURTZ, *loc. cit.*, p 728.

71. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « Obligations de résultats peuvent-elles contribuer à la réalisation des objectifs de développement ? Communiqué UNCTAD/PRESS/IN/2004/002, 26 janvier 2004.

De plus, les prescriptions de résultats sont permises par la majorité des traités portant sur l'investissement⁷². En fait, seuls les traités basés sur le modèle nord-américain les interdisent. C'est donc dire que la plupart des États, y compris ceux d'Europe, tiennent à leur liberté d'imposer des prescriptions de résultat. Lors des négociations devant mener à la conclusion de l'Accord multilatéral sur l'investissement, des organisations non gouvernementales (ONG) avaient fait valoir que l'interdiction des obligations de résultat équivaldrait à réduire la capacité de régulation des États. En somme, loin d'être inutiles, les prescriptions de résultats remplissent des objectifs précis et sont permises dans la plupart des accords de commerce.

Dans ce contexte, il est étonnant que dans l'ébauche de l'Accord économique et commercial global, Canadiens et Européens aient inscrit une clause interdisant tout type de prescription de résultats. À la page 102, on peut lire qu'aucune des parties ne pourra appliquer une quelconque prescription de résultat, que ce soit une exigence en matière de contenu national, de transfert de technologie ou de savoir-faire, etc. L'article constitue une copie conforme de l'article 1106 de l'ALENA.

Pourquoi cette interdiction? On peut avancer que la raison d'être de cette disposition est d'abord idéologique : elle repose sur le postulat selon lequel les prescriptions de résultats ont des effets de distorsion sur le commerce⁷³ si importants et inacceptables que les États d'accueil ne devraient pas être autorisés à les utiliser⁷⁴. Parce que les obligations de résultat contreviennent aux « lois du marché », il faut les abolir, en dépit de leur utilité.

2.8 Le règlement des différends

Dans tout accord de protection de l'investissement, les États prévoient une démarche claire en cas de différend entre les parties, mais aussi entre l'investisseur et l'État d'accueil⁷⁵. Ces mécanismes ont pour but le respect des dispositions incluses dans l'accord. L'AECEG devra donc prévoir un mécanisme de sanctions et de leur application.

D'après l'ébauche de texte, aucune disposition ayant trait aux mécanismes de règlement des différends n'a été rédigée. Une des seules mentions à cet effet est que de telles dispositions seront « à déterminer » ultérieurement. Également, le texte fait allusion aux procédures de règlement des différends investisseur État, ce qui laisse un indice sur le contenu qui est « à déterminer ».

Il est fort probable que l'accord comprendra des dispositions sur le règlement des différends semblables à celles de l'ALÉNA, qui permettent deux types d'arbitrage : entre deux États et entre un investisseur et un État. Donc, au cas où des investisseurs s'estiment lésés suite à une décision étatique préjudiciable, ils peuvent demander réparation devant un tribunal compétent. Cela étant dit, les investisseurs risquent d'aller bien au-delà des requêtes pour obtenir une compensation suite

72. Kenneth J. VANDEVELDE, « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty », *AJIL*, vol. 92, 1998, p. 630.

73. Traduction de « Trade-distorting »

74. Daniel PRICE, *op.cit.*, p 729.

75. Rémy BACHAND et autres, *loc. cit.*, p. 687.

à une expropriation : ils pourront contester des politiques, des lois ou des règlements étatiques tout à fait légitimes⁷⁶.

Grâce à leurs dispositions interdisant les expropriations sans compensation et celles donnant accès à l'arbitrage investisseur État, les traités de protection et de promotion des investissements constituent certainement la meilleure garantie au droit de propriété⁷⁷. L'an dernier par exemple, le gouvernement fédéral avait été forcé de verser une généreuse compensation de 130 millions de dollars à la compagnie AbitibiBowater suite à une expropriation par la province de Terre-Neuve – Labrador⁷⁸. Après l'annonce de la fermeture d'une scierie située à Grand Falls-Windsor par l'entreprise forestière, le gouvernement Williams a déposé le projet de loi 75 dont l'effet équivaut à une expropriation, sans prévoir de compensation. En dépit du fait que son siège social soit situé à Montréal, l'entreprise pouvait être considérée comme « étrangère », et ainsi bénéficier des protections offertes aux investisseurs étrangers par le chapitre 11 de l'ALENA, parce qu'elle est incorporée aux États-Unis. AbitibiBowater n'a finalement pas eu à se rendre jusqu'en arbitrage puisque les seules menaces ont suffi à faire plier le gouvernement, qui craignait qu'une décision l'oblige à déboursier une somme plus importante.

2.9 Conclusion partielle

Dans cette section, l'analyse du contenu des textes du projet d'accord est révélatrice : d'une part, la section portant sur l'investissement dans l'AÉCG est une copie conforme du controversé chapitre 11 de l'ALENA. Les négociateurs canadiens répètent les mêmes erreurs : surprotection des investissements étrangers, interdiction des prescriptions de résultats, l'indétermination de la notion d'expropriation indirecte et le flou entourant la portée de la libéralisation⁷⁹, etc.

Pourtant, il existe d'autres modèles de traités de promotion de l'investissement dont les négociateurs pourraient s'inspirer. Certains posent comme principe le respect de la souveraineté des parties. Par exemple, l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa-Rica impose le principe du traitement national envers les investisseurs, mais oblige également les investisseurs à se constituer conformément à la législation du pays hôte⁸⁰.

« On passe donc, dans certains cas, d'une obligation d'accorder le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée à l'obligation de respecter de bonne foi ses mesures législatives en vigueur même si celles-ci peuvent, en principe, exercer une discrimination à l'égard des investisseurs étrangers⁸¹. »

76. Luke Eric PETERSON, *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre les investisseurs et les États*, Droits et Démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), Montréal, 2009, p. 15.

77. Lahra IBERTI, *op. cit.*, p. 810

78. La Presse canadienne, « Ottawa versera 130 millions \$ à AbitibiBowater pour son expropriation à Terre-Neuve », *Les Affaires.com*, [En ligne : Les affaires.com], 24 août 2010. [<http://www.lesaffaires.com/secteurs-d-activite/industrie-forestiere/ottawa-versera-130-millions--a-abitibibowater-pour-son-expropriation-a-terre-neuve/517616>]

79. Jürgen KURTZ, *loc. cit.*, p. 739.

80. Rémi BACHAND, *op. cit.*, p. 3.

81. Ibid.

D'autre part, il faut mettre en lumière une grande absente dans ces textes : l'exception culturelle. Étant donné que les négociateurs travaillent avec une approche de type liste négative, les parties devront, pour préserver leurs politiques culturelles, « [...] inscrire dans les annexes [de l'accord] les mesures culturelles non conformes et les secteurs culturels qu'elles ne souhaitent pas soumettre aux principes [de l'accord]⁸². » Sinon, l'investissement dans les industries culturelles de toutes sortes sera soumis au champ d'application de l'Accord économique et commercial global.

Lors des négociations devant mener à l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), une exception pour la protection de la diversité culturelle et linguistique avait été considérée⁸³ avant que le projet n'avorte. Étant donné que tous les pays de l'Union européenne et le Canada ont signé la Convention sur la diversité culturelle de l'UNESCO et qu'elle est entrée en vigueur, il n'y a aucune raison que l'on en fasse fi. Il est donc impératif que les négociateurs réfèrent à cette Convention dans les textes afin d'éviter toute contradiction entre les obligations bilatérales et celles prises au niveau multilatéral, au risque de créer un « imbroglio »⁸⁴ concernant les droits du Québec dans l'élaboration de sa politique culturelle.

82. Laurence MAYER-ROBITAILLE, « L'impact des accords de libre-échange américains sur le statut juridique des biens et services culturels », *AFDI*, vol. 50, 2004, p. 717.

83. Eric M. BURT, *loc. cit.*, p. 1044.

84. Laurence MAYER-ROBITAILLE, *loc. cit.*, p. 725.

Les conséquences du chapitre sur l'investissement

Dans certains cas, le respect des dispositions de l'AÉCG Canada-UE entre en contradiction avec la responsabilité première des gouvernements : la poursuite de l'intérêt public. La mise en application du chapitre sur l'investissement de l'Accord économique et commercial global aurait donc des impacts majeurs sur le Québec et le Canada. Aux fins de ce rapport, deux conséquences concrètes seront abordées : premièrement, les dispositions incluses dans le traité feront obstacle aux politiques gouvernementales en matière de protection de l'environnement. Deuxièmement, elles mettraient en péril le fameux « Plan Nord » récemment annoncé par le gouvernement du Québec.

3.1 Les politiques environnementales

À l'instar d'autres traités de libre-échange, l'AÉCG prévoit, en plus des objectifs traditionnels de libéralisation, des considérations non économiques. À la page 107, le texte prévoit un article portant sur les mesures relatives à l'environnement, à la santé et à la sécurité :

« Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement »

Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. »

Le libellé de cette clause donne l'impression que les politiques de protection de l'environnement des États liés par l'accord ne seront pas menacées. Au contraire, elle semble laisser toute la latitude nécessaire aux gouvernements pour mettre en place les politiques de protection de l'environnement jugées pertinentes.

En fait, il est possible de connaître la portée de cet article puisque l'ALÉNA contient exactement la même disposition (art. 1114 – Mesures environnementales) dans son chapitre 11. Il se dégage trois éléments de la jurisprudence de l'ALÉNA : d'abord, l'article 1114 n'est pratiquement pas pris en compte. Ensuite, les mécanismes de règlement des différends accessibles offrent l'opportunité aux investisseurs de contester la réglementation environnementale des États. Enfin, les règles comprises dans le chapitre 11 et qui se retrouvent dans l'AÉCG sont difficilement compatibles avec les lois portant sur l'environnement.

L'illustration la plus évidente de ces éléments est probablement l'affaire Metalclad c. Mexique⁸⁵. Après avoir fait l'acquisition d'une entreprise d'enfouissement mexicaine par l'investisseur Metalclad, un différend est survenu avec le gouvernement du Mexique qui refusait d'accorder un permis d'exploitation en alléguant vouloir protéger une espèce de cactus menacée présente dans la région visée pour une future exploitation. C'est donc en vertu du régime de règlement des différends prévu par l'ALÉNA que l'entreprise a intenté une poursuite contre le gouvernement mexicain pour le non-respect des clauses établissant une norme minimale de traitement et l'interdiction d'expropriation.

Dans le jugement, les arbitres concluent au non-respect des articles sur le traitement juste et équitable et que les actions du gouvernement du Mexique sont équivalentes à une expropriation indirecte sans compensation⁸⁶. La compagnie ayant perdu l'intégralité de son investissement, le tribunal accorde 16,7 millions de dollars⁸⁷ en dédommagement. Cependant, suite à une demande de la part du Mexique, la Cour Suprême de la Colombie-Britannique a invalidé la partie du jugement portant sur la norme minimale de traitement⁸⁸. Donc, même si le texte de l'ALÉNA réitère le droit des États à légiférer dans une perspective de protection de l'environnement, les obligations envers les investisseurs étrangers ont préséance sur la législation environnementale.

Dans une autre affaire de 1997, une entreprise américaine disposant d'une filiale canadienne avait contesté une loi qui avait pour objectif la protection de la santé et de l'environnement à peine après son adoption au Parlement. La Ethyl Corporation a déposé une plainte en vertu de l'ALÉNA alléguant que l'interdiction d'importer du méthylcyclopentadiényle tricarbonyl de manganèse (MMT), un additif à l'essence, constituait une forme de discrimination destinée à protéger l'industrie canadienne. Selon l'investisseur, les effets de la loi canadienne équivalaient à une expropriation indirecte interdite par l'article 1101. Il demandait un dédommagement de plus de 250 millions de dollars⁸⁹. De son côté, le gouvernement du Canada affirmait que le produit pouvait causer des effets néfastes sur la santé neurologique pouvant entraîner des symptômes similaires à la maladie de Parkinson tandis que l'industrie automobile soutenait que le produit augmentait les émissions de polluants dans l'air⁹⁰.

Malgré tout, en juillet 1998, le gouvernement a dû plier devant les accusations de l'entreprise et lever l'interdiction sur le MMT en plus d'octroyer une indemnisation de 19,5 millions de dollars canadiens pour les pertes de profits et les frais juridiques de la Ethyl Corporation⁹¹. Ironiquement, la ministre de l'Environnement de l'époque, Christine Stewart, a même dû signer une lettre attes-

85. Metalclad Corporation v. The United Mexican States (2000), CASE No. ARB(AF)/97/1 (International Centre for Settlement of Investment Disputes). (Arbitres: Professor Sir Elihu Lauterpacht (Président), Mr Benjamin R. Civiletti et Mr José Luis Siqueiros)

86. *Ibid.*, p 254.

87. Gouvernement des États-Unis, « Metalclad Corp. V. United Mexican States », [En ligne : U.S. Department of State], [<http://www.state.gov/s/l/c3752.htm>]

88. Rémy BACHAND et autres, *loc. cit.*, p. 592.

89. *Ibid.*

90. Martin J. WAGNER, « International investment, expropriation and environmental protection », *Golden Gate U.L.Rev.*, vol.29, 1999, p. 491.

91. Ken TRAYNOR, « How Canada Became a Shill for Ethyl Corp.: NAFTA and the Erosion of Federal Environmental Protection », *Canadian Environmental Law Association*, Vol. 23, n°3[En ligne], 1998. [<http://www.cela.ca/article/international-trade-agreements-commentary/how-canada-became-shill-ethyl-corp>]

tant qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes pour considérer le produit comme étant dangereux pour la santé et l'environnement des Canadiennes et des Canadiens⁹².

La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, dont le Canada est signataire, prévoit qu'« [e]n cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement⁹³. » Peu importe l'existence de « preuves suffisantes » sur les effets néfastes du MMT, le principe de précaution ne devrait-il pas s'appliquer lorsque la santé et l'environnement d'une population sont possiblement menacés? Il semble que ce principe en droit de l'environnement est difficilement conciliable avec les règles imposées dans l'ALÉNA et éventuellement dans l'Accord économique et commercial global Canada-UE.

Enfin, dans une troisième affaire datant de 1998⁹⁴, une firme américaine a allégué que le Canada agissait de manière contraire aux dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA en bannissant l'exportation de déchets de biphényles polychlorés (BPC). S.D. Myers, une entreprise qui traite les matériaux contaminés aux BPC en Ohio et qui décrochait régulièrement des contrats au Canada, a donc porté plainte contre le gouvernement canadien⁹⁵. À l'époque, l'entreprise demandait au minimum 10 millions de dollars, en plus des frais, des coûts et des intérêts⁹⁶ sur la base du non-respect du principe du traitement national, de la norme minimale de traitement, de l'interdiction des prescriptions de résultats et de l'expropriation (indirecte)⁹⁷. Du côté du gouvernement du Canada, on expliquait cette décision par l'absence d'assurance que les produits exportés vers les États-Unis seraient traités de manière respectueuse de l'environnement⁹⁸, mais après une modification de la réglementation étasunienne, le ministre de l'Environnement du Canada a levé l'interdiction d'exportation.

Finalement, le tribunal d'arbitrage a donné partiellement raison à l'investisseur et a reconnu que la politique canadienne contrevenait aux principes du traitement national et de la norme minimale de traitement. L'interdiction d'exporter les produits contaminés aux BPC était donc discriminatoire. Finalement, le gouvernement a dû verser une indemnisation de 850 000 dollars à SDMI, en plus des intérêts, même si l'interdiction n'a été en vigueur que pendant une courte période.

Ironiquement, ces décisions arbitrales ont été prises en dépit du préambule de l'ALÉNA qui rend légitime la poursuite d'objectifs environnementaux et de l'existence de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACE), un traité parallèle à l'ALÉNA conclu afin de « promouvoir l'application efficace des lois environnementales⁹⁹ ».

92. Joseph A. STRAZZERI, « A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations under NAFTA Chapter Eleven » *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, 2001-2002, p. 848.

93. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée à Rio de Janeiro en juin 1992, *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*.

94. S.D. Myers v. Canada (2000), in a *NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award*.

95. Laurent Cardinal, *Le chapitre 11 de l'ALENA et l'intérêt public*, Colloque « Construire les Amériques », 2003, p. 6.

96. Martin J. WAGNER, *loc. cit.*, p. 496.

97. Institut international du développement durable, *Private Rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*, IISD, 2001, p. 85.

98. Martin J. WAGNER, *loc. cit.*, p. 498.

99. Gouvernement du Canada, « Les accords parallèles : Les accords nord-américains de coopération dans les domaines du travail et de l'environnement », *Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada*, [En ligne]. [<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/side.aspx?lang=fra>]

Autrement dit, en dépit de la légitimité de l'objectif poursuivi, l'obligation d'indemnisation doit être respectée dès que le patrimoine de l'investisseur étranger est atteint « au-delà d'un certain seuil »¹⁰⁰.

« Le but environnemental n'a que très peu d'importance dans cet examen et les initiatives gouvernementales écologiques sont considérées, au même titre que les mesures fiscales ou économiques, comme un risque réglementaire indemnisable. [En fait,] il ressort de la pratique des tribunaux que ces derniers se focalisent sur l'effet de la mesure [sur l'investisseur étranger]¹⁰¹. »

Selon un professeur de droit de la Golden Gate University, les prochains accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux touchant l'investissement devraient lever l'ambiguïté sur la question des compensations pour expropriation indirecte à la suite de nouvelles législations environnementales et ne pas octroyer un tel droit aux investisseurs¹⁰². Une autre option possible afin d'éviter que l'AÉCG Canada-UE n'empêche les gouvernements nationaux de protéger l'environnement est d'acquiescer à la recommandation de l'Institut international de développement durable et d'exclure les questions environnementales, les politiques et les réglementations environnementales de la compétence des tribunaux d'arbitrage¹⁰³. Une telle exclusion serait pertinente pour garantir le pouvoir des gouvernements en matière de réglementation environnementale sans craindre les batailles judiciaires avec les investisseurs étrangers.

3.2 Le « Plan Nord »

En mai 2011, le gouvernement du Québec a annoncé un mégaprojet de développement du Grand Nord. Le « Plan Nord » est un chantier de développement appuyé sur trois piliers : le développement économique, social et environnemental¹⁰⁴. Sur le plan économique, on veut créer de la richesse en exploitant les ressources naturelles, surtout le potentiel minier. On prévoit engendrer des revenus de l'ordre de 14 milliards de dollars pour l'État, en plus de générer des retombées économiques importantes pour les populations locales. Ces retombées, qui incluent la création ou la consolidation de plus de 20 000 emplois, permettront une amélioration des conditions de vie des communautés autochtones et des autres populations résidant sur le territoire du Plan Nord. Les objectifs en matière d'amélioration des conditions de vie et de création d'emplois font partie de la mission sociale. En matière environnementale, le gouvernement s'engage à protéger la moitié du territoire visé de toute exploitation industrielle afin d'assurer la protection des territoires sauvages. Bref, c'est un vaste chantier qui devra concilier le développement économique et la protection de l'environnement nordique tout en assurant l'amélioration des conditions de vie de la population locale.

100. Sabrina ROBERT, *op. cit.*, p. 2.

101. *Ibid.*, p. 4-5.

102. Martin J. WAGNER, *loc. cit.*, p. 537.

103. Howard MANN et Konrad VON MOLTKE, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, International Institute for Sustainable Development, 1999, p. 8.

104. Gouvernement du Québec, Ministère des Ressources naturelles et de la Faune, *Faire le Nord ensemble : Le chantier d'une génération*, Lévis, 2011, 172 p.

Les critiques n'ont pas tardé après l'annonce du projet du gouvernement. Unanimentement, les partis d'opposition se sont montrés sceptiques quant aux retombées financières¹⁰⁵. La chef de l'opposition officielle a bien exprimé le sentiment de l'opinion publique en déclarant que « le premier ministre a décidé de paver la voie à des investisseurs étrangers sans être en mesure de garantir aux Québécois qu'ils obtiendront leur juste part de cette richesse qui leur appartient pourtant!¹⁰⁶ ». En effet, bien que la population québécoise appuie majoritairement le projet, plusieurs partagent des doutes quant aux bénéfices qu'en retirera la collectivité. Un récent sondage concluait que la moitié des Québécois et des Québécoises croyait que le Plan Nord serait à l'avantage surtout des compagnies minières contre seulement 28 % qui sont d'avis qu'il bénéficiera à l'ensemble du Québec¹⁰⁷. Enfin, un maigre 9 % des sondés pense que les communautés autochtones seront les grandes gagnantes. De même manière, les économistes québécois ont émis de sérieux doutes quant aux retombées : plus du tiers d'entre eux (35 %) est d'avis que le projet nordique n'aura que peu d'impact sur l'économie québécoise¹⁰⁸.

De fait, les promesses du gouvernement pourraient bien rester des vœux pieux si toutes les conditions de réalisation du Plan Nord ne sont pas remplies. Le pari de Jean Charest est risqué : si les investisseurs ne s'intéressent pas au Plan Nord, le gouvernement aura dépensé des milliards en infrastructures¹⁰⁹ pour un projet qui n'aboutira jamais. Pour réussir, le projet du gouvernement Charest aura besoin d'une grande quantité d'investissements : les premiers documents publiés indiquent que 80 milliards de dollars devront être investis pendant la période de déploiement, c'est-à-dire 25 ans¹¹⁰. Selon les dires du premier ministre Charest, il faudra attirer des investissements privés provenant du Québec, mais aussi du Canada et de l'étranger¹¹¹. Dans ce contexte, l'Accord économique et commercial global avec l'Europe devient donc la pierre angulaire de son plan : il attirera l'attention du monde des affaires européen sur le Canada, facilitera le commerce et l'investissement transatlantiques et offrira des garanties aux investisseurs étrangers. C'est probablement pour cette raison que le premier ministre du Québec a tant insisté, dès 2007 au Forum économique mondial de Davos, pour que le Canada et l'Union européenne s'engagent dans de nouvelles négociations.

Par ailleurs, à peine quelques semaines après son lancement, Jean Charest a entrepris une tournée internationale de promotion du Plan Nord. L'objectif était de faire connaître le projet québécois aux investisseurs étrangers avant la conclusion de l'AÉCG. Entre New York et Munich en passant par Londres et Bruxelles, le premier ministre a fait valoir les atouts du projet : la stabilité

105. Radio-Canada.ca, « Le Plan Nord de Charest sous le feu de l'opposition », *Radio-Canada.ca Politique*, [En ligne], 10 mai 2011. [<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2011/05/10/006-adq-quebecsolidaire-plannord.shtml>].

106. Geneviève LAJOIE, « Le Plan Nord s'attire de vives critiques », *Argent*, [En ligne], 11 mai 2011. [<http://argent.canoe.ca/lca/affaires/quebec/archives/2011/05/20110511-055336.html>]

107. Marco BÉLAIR-CIRINO, « Sondage Léger Marketing-Le Devoir – Une majorité de Québécois appuient le Plan Nord : La moitié de la population croit toutefois que ce sont les compagnies minières qui bénéficieront le plus des retombées économiques », *Le Devoir*, [En ligne], 13 juin 2011. [<http://cl-t175-503cl.privatedns.com/politique/quebec/325374/sondage-leger-marketing-le-devoir-une-majorite-de-quebecois-appuient-le-plan-nord-des-liberaux>].

108. Éric DESROSIERS, « Sondage – Le Plan Nord ne convainc pas les économistes : un économiste sur trois doute de l'importance des retombées pour le Québec » *Le Devoir*, [En ligne], 30 juin 2011. [<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/326491/sondage-le-plan-nord-ne-convainc-pas-les-economistes>]

109. Le premier plan d'action quinquennal prévoit 1,2 milliards d'investissements publics en infrastructures pour un total de 33 milliards sur 25 ans.

110. Gouvernement du Québec, « À propos du Plan Nord » [En ligne], [<http://plannord.gouv.qc.ca/mots/index.asp>].

111. Gouvernement du Québec, « Le premier ministre Jean Charest conclut une mission de promotion du Plan Nord à New York : des rencontres fructueuses pour le Québec », *Site du premier ministre*, [Communiqué en ligne] [<http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites/communiques/2011/juin/2011-06-14a.asp>].

politique du Québec¹¹², la prise en compte et le respect de l'environnement et des communautés locales¹¹³, les occasions d'affaires offertes dans le secteur des ressources naturelles¹¹⁴, etc. Il a aussi rencontré des représentants de grandes institutions financières qui investissent dans les ressources naturelles, l'énergie et les infrastructures¹¹⁵. À court terme, d'autres activités de promotion et de démarrage auprès des investisseurs étrangers devraient se poursuivre, comme le prévoit le plan d'action 2011-2016¹¹⁶.

Malgré tout, les dispositions contenues dans l'accord canado-européen ne rassureront personne. En fait, plusieurs d'entre elles entraveront les efforts du gouvernement pour maximiser les retombées de l'activité économique nouvelle du Grand Nord. La disposition la plus problématique est certainement l'interdiction des prescriptions de résultats, qui équivaut à supprimer toute garantie de retombées économiques et sociales pour les populations locales.

Dès la publication des premiers documents officiels, le gouvernement a exprimé sa volonté de promouvoir le « développement et la formation de la main-d'œuvre locale » par la mise en œuvre du Plan Nord. Bien que conscient que les effectifs locaux ne suffiront pas à combler tous les besoins, le gouvernement a l'intention d'investir 65 millions de dollars sur cinq ans dans des activités de formation et de recrutement de futurs travailleurs habitant sur le territoire du Plan Nord¹¹⁷. Or, le gouvernement aurait pu exiger que les investisseurs embauchent des travailleurs locaux ou encore des membres de communautés autochtones, qui représentent près de 28 % de la population résidant sur le territoire du Plan Nord¹¹⁸. Ainsi, en s'assurant que les emplois créés profitent aux populations locales, on augmenterait le taux d'emploi chez les autochtones qui est de 12 % inférieur à celui de la population non autochtone au Québec¹¹⁹.

Cependant, en interdisant l'utilisation de prescriptions de résultats par les différents ordres de gouvernement, comme l'embauche ou la formation de main-d'œuvre locale, il est impossible de garantir que les nouveaux investissements étrangers vont contribuer au développement social. Évidemment, on peut penser que les investisseurs engageront un certain nombre de travailleurs locaux, mais combien? Est-ce qu'il sera plus profitable pour les entreprises d'amener leurs propres cadres ou travailleurs spécialisés de l'étranger? Comment le gouvernement convaincra-t-il les populations locales de poursuivre une formation spécialisée sans pouvoir garantir un emploi par la suite? Les prescriptions en matière d'emploi local permettraient de s'assurer que les créations d'emplois bénéficient au moins en partie aux populations nordiques. Également, les prescriptions en matière

112. La Presse canadienne, « Charest vend le Plan Nord en Europe : Quatre ministres étaient à Paris la semaine dernière », *Le Devoir*, [En ligne], 27 juin 2011. [<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/326299/charest-vend-le-plan-nord-en-europe>]

113. Christian RIOUX, « Peter Stastny et le Plan Nord : Charest tente de convaincre les parlementaires européens », *Le Devoir*, [En ligne], 30 juin 2011. [<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/326515/peter-stastny-et-le-plan-nord>]

114. La Presse canadienne, « Plan Nord: Charest part à New York courtiser des investisseurs », *Les affaires com*, [En ligne], 25 mai 2011. [<http://www.lesaffaires.com/secteurs-d-activite/gouvernement/plan-nord-charest-part-a-new-york-courtiser-des-investisseurs/531200>]

115. Gouvernement du Québec, « Le premier ministre Jean Charest conclut une mission de promotion du Plan Nord à New York : des rencontres fructueuses pour le Québec », *Site du premier ministre*, [Communiqué en ligne], [<http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites/communiqués/2011/juin/2011-06-14a.asp>]

116. Gouvernement du Québec, « Le cadre financier du Plan Nord : Création du Fonds du Plan Nord », [En ligne], [<http://plannord.gouv.qc.ca/financier/fonds.asp>].

117. Gouvernement du Québec, *op. cit.*, p. 36.

118. Selon les documents gouvernementaux, 120 000 personnes habitent sur le territoire du Plan Nord, dont 33 000 sont autochtones.

119. Luc BLANCHETTE, *Collectivités autochtones du Québec*, Gouvernement du Canada, Service Canada, [En ligne], [http://www.workforceconnex.com/planning/documents/2_Blanchette_FR.pdf]

de formation de la main-d'œuvre réduiraient les coûts pour l'État et assureraient la transmission de nouvelles compétences aux travailleuses et aux travailleurs québécois.

De plus, les États disposant de ressources naturelles abondantes imposent souvent des restrictions à la propriété étrangère. Même les pays les plus développés utilisent ce genre de politiques afin de réduire la portion d'intérêts étrangers et protéger les rendements d'une industrie particulière, surtout dans le domaine des ressources naturelles¹²⁰. Dans le passé, le Canada a déjà mis en place de telles politiques, tout comme la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la France, le Japon, etc.¹²¹ Ces restrictions peuvent être imposées pour rassurer ceux et celles qui craignent que les ressources naturelles ne soient « pillées » par les multinationales étrangères. Or, la mise en place de telles stratégies par l'utilisation de prescriptions de résultats est aussi interdite par les dispositions de l'Accord.

En conclusion, sans rendre impossible l'atteinte des objectifs du Plan Nord, l'AECG entrave l'adoption de politiques utiles dans la prise en compte des considérations sociales et économiques. Dans un contexte où les retombées financières du Plan Nord font face au plus grand scepticisme, le gouvernement ne peut se permettre de se priver d'outils qui permettraient de maximiser ces retombées. Proscrire les obligations de résultat, en dépit de leur pertinence, relève d'une stratégie abstruse de la part des gouvernements québécois et canadien.

120. United Nations Conference on Trade and Development, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, Doc off CNUCED, 2003, p 25.

121. *Ibid.*, p. 225.

Conclusion

Contrairement à la croyance populaire, les traités portant sur l'investissement sont généralement teintés d'un certain nationalisme économique puisqu'ils contiennent des dispositions qui protègent les intérêts des États et préservent leurs capacités à intervenir dans l'économie¹²². C'est parce que le régime de libéralisation de l'investissement distribue très inégalement la richesse créée que l'intervention de l'État est pertinente. Or, l'Accord économique et commercial global Canada-Union européenne entrave la liberté d'action des gouvernements rendant impossible de garantir les effets positifs de la libre circulation des capitaux et de limiter ses effets négatifs.

L'analyse des principales dispositions du chapitre sur l'investissement de l'AÉCG permet de conclure que l'économie générale du traité est incontestablement libérale. Rappelons que le texte contient la clause de la nation la plus favorisée, la règle du traitement national et la norme minimale de traitement. De plus, il interdit les expropriations sans compensation, y compris les expropriations indirectes et les prescriptions de résultats tout en accordant la pleine liberté du capital. Enfin, le texte laisse présager un régime de règlement des différends qui accorde la possibilité pour les investisseurs de porter plainte contre un État lié à l'Accord. Pour plusieurs observateurs, ce type de dispositions affecte la capacité des États d'agir pour protéger l'intérêt général¹²³.

Il faut souligner que le modèle de traité utilisé tant pour l'ALÉNA que l'AÉCG Canada-Union européenne est le seul qui accorde un droit d'établissement pour les investisseurs étrangers et qui interdit les prescriptions de résultats. En ce sens, il est le plus idéologiquement chargé et le plus favorable pour les investisseurs étrangers de tous les types de traités en vigueur dans le monde. L'Accord évacue la défense des intérêts supérieurs du Québec pour la promotion d'une idéologie. En réalité, l'objectif n'est plus le développement économique, mais la mise en œuvre doctrinaire de préceptes économiques dont les bienfaits sont considérés comme automatiques, quasi instantanément.

La mise en œuvre de l'Accord aura donc des impacts majeurs sur le Québec. Concrètement, deux conséquences ont été abordées dans le cadre de ce rapport : 1) la première touche les politiques de protection de l'environnement, qui pourraient être défiées par les investisseurs étrangers grâce aux droits qui leur sont accordés; 2) la seconde porte sur le Plan Nord du gouvernement québécois. L'interdiction des prescriptions de résultats empêchera l'État québécois de mettre en place des politiques garantissant les retombées du projet et la maximisation des effets positifs des investissements étrangers.

À l'instar des autres traités de libre-échange sur l'investissement, la mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global Canada-UE entraînera un déséquilibre entre les droits et les obligations des États et ceux des investisseurs étrangers¹²⁴. D'un côté, les États devront verser une indemnisation à la suite d'une expropriation même si elle ne résulte pas d'une prise de possession des actifs de l'investisseur et qu'elle est effectuée dans le but de poursuivre des objectifs légitimes, tels que la protection de l'environnement. D'un autre côté, les investisseurs étrangers voient le risque de perdre leurs investissements considérablement réduit et peuvent les rapatrier en tout temps

122. Voir Kenneth J. VANDEVELDE, *loc. cit.*

123. Voir notamment EL BOUHOUDI, *loc. cit.*

124. À propos du déséquilibre, voir notamment : Sabrina ROBERT, *op. cit.*, p. 2.

grâce à la clause portant sur la liberté du capital. Force est de constater que le chapitre portant sur l'investissement de l'AÉCG accorderait des droits démesurés aux investisseurs étrangers, causant un déséquilibre entre leur respect et la défense de l'intérêt général par l'État.

Bibliographie

Périodiques

BACHAND, Rémy, GALLIÉ, Martin et Stéphanie ROUSSEAU. « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques » (2003) 49 *AFDI* 575.

BURT, Eric M. « Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization » (1997) 12:6 *American University International Law Review* 1015.

DHOOGE, Lucien J. « The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States » (2001) 10:2 *J Global Trade* 209.

EL BOUDOUHI, Saïda. « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » (2005) 51 *AFDI* 542.

KURTZ, Jürgen. « A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment » (2002) 23:4 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 713.

LEBEN, Charles. « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements » (2004) 50 *AFDI* 683.

MAYER-ROBITAILLE, Laurence. « L'impact des accords de libre-échange américains sur le statut juridique des biens et services culturels » (2004) 50 *AFDI* 715.

NEUMAYER, Eric et Laura SPESS. « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? » (2005) 33:10 *World Development* 1567.

PRICE, Daniel M. « An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement » (1993) 27:3 *International Lawyer* 727.

RODNIK, Dani. « The Economics of Export-Performance Requirements » (1987) 102:3 *The Quarterly Journal of Economics* 633.

SALACUSE, Jeswald W. et Nicholas P. SULLIVAN. « Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain. » (2005) 46:1 *Harv ILJ* 67.

STRAZZERI, Joseph A. « A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations under NAFTA Chapter Eleven » (2001-2002) 14 *Georgetown International Environmental Law Review* 837.

TRAYNOR, Ken. « How Canada Became a Shill for Ethyl Corp.: NAFTA and the Erosion of Federal Environmental Protection » (1998) 23:3 *Canadian Environmental Law Association*, en ligne : <<http://www.cela.ca/article/international-trade-agreements-commentary/how-canada-became-shill-ethyl-corp>>

VAN AAKEN, Anne. « Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection » (2008) *Law and Economics Research Paper* Series 1.

VANDEVELDE, Kenneth J. « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty » (1998) 92 *AJIL* 621.

WAGNER, J. Martin. « International investment, expropriation and environmental protection » (1999) 29 *Golden Gate UL Rev* 465.

Monographies

BACHAND, Rémi. *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe-t-il une alternative au modèle ALENA?* Groupe de recherche sur l'intégration continentale, 2001, 8 p.

BACHAND, Rémi. *Le chapitre 11 de l'ALENA : Problèmes de fond et de juridiction*, Document présenté au Sous-comité du Commerce international, des différends commerciaux et des investissements internationaux, Montréal, Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), 2004, 22 p.

CARDINAL, Laurent. *Le chapitre 11 de l'ALENA et l'intérêt public*. Colloque « Construire les Amériques », 2003, 7 p.

COOPER, Richard N. *Should Capital Controls Be Banished?* Working Paper 99-09, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, Avril 1999, 62 p.

DOLZER, Rudolf et Margrete STEVENS. *Bilateral investment treaties*. Martinus Nijhoff, 1995, 330 p.

FORBES, Kristin J. « The Microeconomic Evidence on Capital Controls: No Free Lunch », dans Sebastian EDWARDS, *Capital Controls and the Capital Flows in Emerging Economies: Policies, Practices, and Consequences*, University of Chicago Press, 2007, 171.

GHÉMAR, Katelyne, et autres. *Study on Foreign Direct Investment (FDI) and Foreign Affiliate Trade (FAT) between the EU and Canada, Final Report*, Bruxelles, Market Access Information and Analysis (MAIA), 2005, 376 p.

HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite*, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, 2003, 37 p.

INSTITUT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE. *Private Rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*. IISD, 2001, 124 p.

LEBEN, Charles. « L'évolution du droit international des investissements », dans Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre? » *Journée d'étude par la SFDI*, Paris, Pedone, 1999.

LIBERTI, Lahra. « Investissements et droits de l'homme » dans P. KAHN et T. WÄLDE (ed.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, 791.

MADUENO, Melinda et Natacha BINSSE-MASSE. *L'Accord nord-américain du travail (ANACT) est-il une institution adéquate en vue d'assurer le respect des droits relatifs au travail?*, Cahier de recherche du CEIM, Montréal, Observatoire des Amériques, 2003.

MANN, Howard et Konrad VON MOLTKE. *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*. International Institute for Sustainable Development, 1999, 84 p.

MARTIN, Claude, et autres. *Le Modèle québécois des industries culturelles. Livre, enregistrement sonore, longs métrages, jeux vidéo, bibliothèques* (Rapport de recherche), Fonds québécois de recherche sur la société et la culture, 2010, 176 p.

MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY. *Foreign Direct Investment Survey*. The World Bank Group/MIGA. Janvier 2002, 64 p.

PETERSON, Luke Eric. *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre les investisseurs et les États*. Droits et Démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), Montréal, 2009, 52 p.

ROBERT, Sabrina. *La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement*. Conférence biennale de la Société Européenne de Droit International, 2006, 14 p.

WENGUO, Cai et Daniel LEMAIRE. *Lost Over the Atlantic? The Canada-EU Trade and Investment Relationship*, The Conference Board of Canada, Report June 2006, 44 p.

Documents gouvernementaux

CANADA ET UNION EUROPÉENNE, MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DG COMMERCE. *Évaluation des coûts et avantages d'un partenariat économique plus étroit entre l'Union européenne et le Canada*, Étude conjointe, traduction officielle de la version anglaise de l'étude intitulée *Assessing the Costs and Benefits of a Closer Economic Partnership*, Québec, 2008, 224 p.

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC' MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES ET DE LA FAUNE. *Faire le Nord ensemble : Le chantier d'une génération*, Lévis, 2011, 172 p.

Documentation internationale

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME. *Les droits de l'homme, objectif premier de la politique et de la pratique internationales commerciales, financières et en matière d'investissement*, Document de travail présenté par J. Oloka-Onyango et Deepika Udagama, Doc off CES NU, 51^e session, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1999/11, (1999)

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE). *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement : Complément aux perspectives de l'investissement international*, Éditions OCDE (2006).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, Doc off CNUCED, 2003, 318 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, Doc off CNUCED, 2003, 322 p.

