

MÉMOIRE DE MAÎTRISE

Analyse de l'impact potentiel du mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les États de l'Accord économique et commercial global sur l'environnement au Canada.

**Par
Winnie BABOU (7669971)**

**Directeur de recherche :
Patrick Leblond**

**Présenté à
L'école supérieure d'affaires publiques et internationales
Et
L'Institut de l'environnement**



uOttawa

**L'Université canadienne
Canada's university**

Juillet 2016

Sommaire	4
Remerciements.....	6
Liste des Sigles et abbreviations	7
Introduction et méthodologie	8
l'ISDS en plus grande perspective	15
Origine de l'ISDS	15
Le système d'arbitrage sous l'égide du GATT	16
Le mécanisme sous l'égide de l'OMC	18
Prolifération des AII	19
Multiplication du nombre de litiges	20
Les secteurs les plus affectés par les cas d'isds	22
L'inconvénient d'une plus grande assurance pour les investisseurs	23
Spécificités du mécanisme ISDS dans le système actuel	26
La nature des différends.....	26
Tendance des sentences arbitrales	28
La gestion du litige et les tribunaux.....	31
Le caractère intrinsèque des dispositions de l'ISDS.....	36
Dispositions sur le traitement juste et équitable	36
Dispositions sur l'expropriation.....	39
Dispositions sur le traitement national.....	42
La nature de la relation investisseurs-États.....	45
Récapitulatif : qu'est-ce qui ne va pas dans l'ISDS contenu dans les accords d'investissement en général ?	47
Accord économique et commercial global entre le canada et l'ue (AECG) : tout ce qu'il faut savoir	50
Qu'est-ce que l'AECG ?	50
Qu'est-ce l'AECG signifie pour le canada	50
Ce que l'entente contient	51
La controverse sur le sujet	53
Analyse du chapitre de l'ISDS de l'AECG	60

Dispositions et procédures retenues pour régler les différends dans le domaine de l'investissement.....	61
Gestion du litige.....	61
Dispositions sur l'expropriation.....	65
Dispositions sur le Traitement juste et équitable	69
Traitement national	72
Autres Dispositions contenues aux chapitres 8 et autres préoccupations du public	74
Dispositions et procédures retenues pour régler les différends dans le domaine de l'environnement	75
Délimitation des contextes, limites de l'ISDS et Recommandations	82
Le droit de réglementer des États.....	82
Recommandations	89
Annexe a- Faits et chiffres concernant le règlement des différends entre investisseurs et États..	91
Bibliographie	93

Cette étude aborde la problématique du libre-échange à l'heure de la mondialisation. Plus précisément, elle s'intéresse à l'impact potentiel du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États de l'AECG sur l'environnement. L'enjeu de cet accord est celui du mécanisme de règlement des différends qui pose le problème de la capacité des États signataires de réglementer et de poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, incluant la protection de la santé, de la sécurité ou encore de l'environnement.

Plusieurs auteurs soutiennent à ce sujet que le mécanisme de règlement des différends a une influence négative sur les États. Ces derniers disposent de moins en moins de marge de manœuvre pour mener à bien leurs objectifs d'intérêt public lorsqu'ils sont soumis au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (en anglais, ISDS) et cela au profit des investisseurs étrangers.

Les facteurs explicatifs exposés dans la littérature spécialisée – qui vont de la nature des relations entre les parties aux différents accords de libre-échange et d'investissement aux dispositions relatives au mécanisme ISDS – permettent de mieux cerner le contenu de l'AECG et de vérifier que la souveraineté des États est bien respectée en matière de politique publique de santé ou d'environnement.

L'objectif de ce mémoire est le suivant : déterminer la place des considérations environnementales dans l'AECG afin de préserver la capacité des États parties à l'accord à mettre en place des politiques publiques dans ce domaine. Le mémoire défend l'idée que le mécanisme de règlement des différends soumettait par le passé les acteurs politiques à un défi, celui de maintenir la capacité des États à mettre en place des politiques publiques dans ce domaine sans toutefois brimer le droit des investisseurs étrangers. Aujourd'hui au contraire, les partenaires de l'AECG ont su éditer cet ordre juridique où les acteurs étatiques devront composer avec la réalité du changement climatique et valider le degré de leurs actions pour un développement plus durable.

Pour ce faire, la recherche emprunte une démarche interprétative axée sur une analyse de la logique interne des textes entourant les dispositions du chapitre de l'investissement ainsi que celui de l'environnement de l'AECG.

L'analyse révèle par conséquent une prise en compte sans précédent des considérations environnementales, mais qui pourrait toutefois être améliorée pour protéger davantage le droit des États à légiférer et réglementer en matière d'environnement. Elle indique cependant quelle pourrait être la meilleure approche à suivre pour adresser ces limites.

MOTS CLÉS : ISDS, AECG, Investisseurs-États, environnement, politiques publiques, protection d'investissement, protection des investisseurs étrangers, accord, libre-échange,

Canada, Union Européenne, mécanisme de règlement des différends, politiques commerciale, développement durable, capacité des États, système d'arbitrage, OMC, dispositions.

La réalisation du présent mémoire doit beaucoup à un éventail très large de gens.

Ainsi, mes remerciements les plus sincères vont-ils

à mes parents et ami(e)s à qui je dédie ce mémoire pour leur soutien entier et indéfectible tout au long de ce processus ;

à mon directeur et professeur, M. Patrick Leblond, pour sa patience, ses enseignements et la qualité de son travail ;

à Mme Gelin pour sa contribution exceptionnelle et pour m'avoir soutenu tout au long de cette maîtrise ;

à toute l'équipe administrative de l'École des affaires publiques et internationales de l'Université d'Ottawa ;

et à tous ceux et celles qui ont pu contribuer de près ou de loin à l'élaboration de ce travail de recherche pour lesquels, faute de pouvoir les nommer tous, je préfère les garder précieusement sous le couvert de l'anonymat.

AECG/CETA : Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada
AII : Accords internationaux d'investissement
ALENA : Accord de libre-échange nord-américain
APIE : Accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers
CE : Commission européenne
CES : Confédération européenne des syndicats
CETA/AECG :
CCCI : Conseil canadien pour la coopération internationale
CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCED/UNCTAD : Conférence des nations unies sur le commerce et le développement
CNUED : Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement
CTC : Congrès du travail canadien
GATT : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IISD: International institute for sustainable development
ISDS (RDIE): Investor-State Dispute Settlement
NPF : Nation la plus favorisée
NU : Nations unies
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
OMC : Organisation mondiale du commerce
ONG : Organisation non gouvernementale
RCJ : Réseau de Commerce Juste
RDIE (ISDS) : Règlement des différends entre investisseurs et États
S&D : Groupe Socialistes et Démocrates dans toute l'Union Européenne
TBI : traités bilatéraux d'investissement
TJE : Traitement juste et équitable
TN : Traitement national
TTIP : Accord de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement
UE: Union européenne
UNCTAD/CNUCED: United Nations Conference on Trade and Development
USA : États-Unis d'Amérique

INTRODUCTION ET MÉTHODOLOGIE

“The promotion of sustainable development is ultimately the promotion of investment that improves sustainability and promotes equitable social and economic development. Unfortunately, not all investment works toward the goals of sustainable development. Policy-makers often use the narrow benchmark of increased volumes of investment to judge success, yet few states would knowingly welcome investment that is footloose, that degrades the environment and depletes natural resources, that treats workers poorly or that creates few in-country economic benefits. In the end, the appropriate focus from a sustainable development perspective is not just on the quantity of investment, but equally if not predominately also on its quality.”

International Institute for Sustainable Development (2012, p. 1.),

Les effets du changement climatique sont aujourd’hui indéniables et se manifestent sous différentes formes. Celui-ci occasionne de nombreuses catastrophes naturelles, impacte nos écosystèmes et nuit à notre santé. Depuis les premières mesures instrumentalisées en 1880, on a observé une progression spectaculaire de la température planétaire moyenne, de + 0,85 °C (IPCC, 2014). Si cette tendance se maintient, le pire des scénarios ne pourra pas être évité. Selon le 5^e rapport de 2014 du Groupe intergouvernemental d’experts sur l’évolution du climat (GIEC), nommé *Relation climat – niveau des mers*, les changements climatiques anticipés devraient ainsi augmenter l’intensité et la fréquence des événements extrêmes (GIEC, 2014). En ce sens, l’efficacité de la réglementation environnementale qui poursuit un objectif de développement durable devient plus que jamais d’une importance cruciale pour la survie de l’être humain. Elle repose désormais sur les solutions qu’apporte la discipline économique, ainsi que les mesures prises par nos gouvernements.

D'un autre côté, de nombreux pays font face à des enjeux économiques. La crise financière de 2007 sur les marchés de prêts hypothécaires des États-Unis qui s'est généralisée à la quasi-totalité des marchés financiers de nombreuses économies par le canal de la titrisation, a durment affecté la croissance économique des pays à l'échelle mondiale. L'activité économique des pays développés a été affaiblie. Parmi les enjeux qui persistent, figurent la compétitivité et la capacité de production. Or, les économies doivent pouvoir compter sur les investissements pour redresser ou pour stimuler l'activité économique qui pourra, dans une certaine mesure, apporter des innovations technologiques nécessaires pour parer aux effets négatifs du changement climatique. Face à ces enjeux, une coopération accrue au moyen de la libéralisation des échanges est donc une nécessité.

Dans cette optique de stimulation économique, le Canada vient de signer l'un des accords de libre-échange les plus ambitieux qui soient avec le vaste et lucratif marché de l'Union européenne. Cet accord d'intégration nommé « Accord Économique et Commercial Global » (AECG) a pour objectif principal de promouvoir l'économie canadienne à l'échelle nationale au moyen d'un accès accru aux marchés européens. L'étude conjointe menée par le Canada et l'UE révèle que cet accord commercial aurait pour avantage d'accroître les échanges bilatéraux de 20 % et d'augmenter par la même occasion les revenus annuels du Canada (Gouvernement du Canada, 2010). Ce dernier deviendrait alors l'unique pays développé à avoir un accès préférentiel aux deux plus grandes économies mondiales : l'UE et les États-Unis.

La spécificité de cet accord est qu'il apporte quelques innovations prometteuses pour concilier investissement et développement durable. Il a la prétention de mieux prendre en compte le droit des États d'adopter des politiques d'intérêt public, et en particulier les politiques environnementales, que les autres accords conclus avant celui-ci par les États, en apportant des

éléments nouveaux et significatifs. S'il s'avère suffisamment résistant pour répondre ce défi, cet accord aurait le potentiel de réussir effectivement là où les autres accords d'investissement ont échoué. Cela en ferait un accord sans précédent étant donné que les accords d'investissement n'abordent généralement les questions environnementales que sous forme de clauses d'exception des obligations générales en matière de commerce, craignant ainsi que les dispositions environnementales ne viennent faire obstacle au commerce international.

Cependant, malgré la panoplie d'avantages que l'AECG pourrait procurer, cet accord de libre-échange est loin de faire l'unanimité dans les débats publics actuels. Le sujet de préoccupation actuel porte sur le chapitre de la protection des investisseurs et des investissements, et plus précisément sur son mécanisme d'arbitrage en cas de conflit. En effet, ce mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les États (ISDS - *Investor-State Dispute Settlement*) permet à un investisseur privé de contester la décision d'un État devant une cour d'arbitrage, et d'obtenir réparation du préjudice causé par un manquement présumé de celui-ci à ses obligations en matière d'investissement. Dans un tel cas, l'investisseur étranger qui s'estime lésé dans sa capacité à réaliser des profits peut se prévaloir des procédures et des dispositions du système de règlement des différends (Zacharie, 2015). Ceci s'applique notamment lorsque ces investisseurs jugent que des mesures de protection en matière de santé et d'environnement ou d'autres mesures de précaution constituent une « expropriation indirecte » ou sont d'effet équivalent (Billout, 2014). En effet, les dispositions de protection des investissements couvrent quatre aspects substantiels contenus dans presque tous les accords d'investissement international (AII) :

- la protection contre la discrimination (« traitement de la nation la plus favorisée » et « traitement national ») ;

- la protection contre l'expropriation à des fins autres que de politique publique et sans compensation appropriée ;
- la protection contre un traitement injuste et inéquitable – par exemple ne respectant pas les principes fondamentaux d'équité ;
- la protection de la possibilité de transfert de capitaux (European Commission, 2013e).

Autrement dit, le mécanisme ISDS garantit aux investisseurs étrangers que leurs investissements seront traités équitablement et sans discriminations par rapport à ceux du pays hôte en assurant l'application effective des protections prévues (European Commission, 2013e).

Alors, la crainte pour les détracteurs de cet accord économique global est que l'introduction de ce mécanisme dans le système canadien – qui s'efforce depuis longtemps d'améliorer son environnement – pourrait avoir l'effet de niveler par le bas les politiques d'intérêt public (politiques environnementale, de santé, etc.), compte tenu de l'expérience canadienne avec les autres accords signés. En d'autres termes, la capacité du Canada à promulguer de nouvelles lois ou réglementations pour la protection de l'environnement pourrait être affectée par l'introduction de ce mécanisme. Dans ce contexte de libéralisation économique où des échanges mettent en lien le développement économique et la protection de l'environnement, on en vient à s'interroger sur les effets potentiels de l'AECG sur les politiques environnementales : Les chapitres sur les différends entre investisseurs et États inclus dans l'AECG pourrait-il nuire à la capacité de l'État canadien à mettre en place une réglementation environnementale ?

La pertinence de cette problématique s'est d'ailleurs confirmée au cours des travaux préparatoires de la présente étude. En effet, au vu des différentes plaintes qu'a déjà reçues le Canada dans le cadre d'accords de libre-échange tels que l'ALENA, on constate non seulement

que l'économie prime sur toute autre valeur, mais aussi que ce type d'accords réduit la marge de manœuvre dont l'État hôte a besoin pour prendre des mesures d'intérêt public en général et en matière d'environnement en particulier. Il est important de souligner que l'AECG contient l'équivalent du chapitre 11 de l'ALENA, qui porte sur la protection des investisseurs étrangers. Or l'ALENA est l'accord qui a vu l'utilisation la plus importante du mécanisme ISDS et le Canada est l'État qui a reçu le nombre de plaintes le plus élevé : sur les 66 affaires recensées jusqu'en 2010, 28 impliquaient le Canada, mais 19 seulement les États-Unis ou le Mexique (European Commission, 2013e). Ce phénomène est, dans la plupart des cas, dû aux dispositions contenues dans le chapitre de l'ISDS des AII, tel que l'ALENA. Ces dispositions considèrent certaines mesures gouvernementales d'intérêt public comme une violation d'obligations et l'effet pervers de celles-ci est que les États sont contraints d'abroger ces mesures pour y échapper. Pourtant, selon le principe 11 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* [« Déclaration de Rio »], les États ont le droit et l'obligation de :

« Promulguer des mesures législatives en matière d'environnement. Les normes écologiques et les objectifs et priorités pour la gestion de l'environnement devraient être adaptés à la situation en matière d'environnement et de développement à laquelle ils s'appliquent. Les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié ». (Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement [CNUED], 1992)

Dit simplement, le mécanisme ISDS est un instrument important dans la définition des relations investisseur-États, et les interprétations des dispositions relatives à la protection des investisseurs sont également importantes. Par conséquent, la place qu'occupera la protection environnementale dans l'accord de libre-échange entre le Canada et l'UE définira de quel côté

penchera la balance : celui du droit de réglementer des États ou celui de la protection des investisseurs ? Alors, détourner les pressions qu'exerce le développement économique sur l'environnement tout en continuant de répondre aux besoins humains passe nécessairement par un effort de la part des signataires de l'accord. Il importe d'introduire une sorte de compromis entre l'environnement et le commerce dans le chapitre sur le règlement des conflits pour mieux prendre en considération les mesures d'intérêt public adoptées par les États et se préoccuper davantage du développement durable.

Afin d'apporter une réponse à la question de recherche sur l'impact potentiel du mécanisme ISDS de l'AECG sur les politiques environnementales, il apparaît nécessaire de se fonder sur l'abondante bibliographie consacrée à la matière afin d'analyser les textes juridiques de l'AECG tel que « le texte consolidé de tous les chapitres, annexes et déclarations adoptées avec le Canada ». Il est également utile de consulter les documents officiels contenus dans la banque de données de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) puisque le système d'arbitrage entre investisseurs et États prévu par l'AECG s'inspire grandement du mécanisme connu sous l'égide de l'OMC

Ce mémoire prétend ainsi démontrer que le chapitre de l'AECG consacré à la protection des investisseurs et leurs investissements répond dans une certaine mesure aux préoccupations d'intérêt général du grand public, et plus précisément en matière d'environnement : cette approche définit ainsi l'orientation de ce travail de recherche. Cependant, ce mémoire soutient également que les dispositions de l'accord n'apportent qu'une réponse partielle au problème ; elles pourraient être encore améliorées.

Le sujet étant très controversé aujourd'hui, l'orientation que propose cette recherche devrait apporter une contribution nouvelle et constructive au débat, en mettant en exergue les éléments pertinents qui permettront d'évaluer la place du développement durable dans les accords de libre-échange et en particulier dans l'AECG. Cette orientation paraît être une piste intéressante à explorer. La réponse à la question de recherche est à la croisée des champs d'étude de la protection environnementale et du développement économique en lien avec l'accord de libre-échange Canada-UE. De ce fait, cette étude apportera une contribution à la littérature encore peu abondante sur l'AECG. Les résultats de l'étude pourraient également éclairer l'interaction des trois pôles, environnement, libéralisation des échanges et développement économique.

À la suite de l'introduction, la deuxième partie du mémoire fait état de l'évolution du mécanisme ISDS dans les AII et démontre que malgré les améliorations apportées au mécanisme ISDS depuis sa création, le système actuel contient néanmoins quelques imperfections qui influencent la capacité des États à adopter des politiques d'intérêt commun. Au chapitre III, la présentation de l'AECG permet de mieux cerner la controverse sur le mécanisme ISDS de l'accord. Quant au chapitre IV, l'analyse des chapitres contenant le mécanisme l'ISDS ainsi que l'analyse des chapitres sur l'environnement de l'AECG permet d'identifier la place de l'environnement et des autres politiques d'intérêt public dans l'accord. Enfin, le dernier chapitre (V) présente les conclusions de l'analyse en offrant des recommandations qui permettraient d'améliorer le mécanisme actuel de l'ISDS de l'AECG afin de mieux protéger la capacité des gouvernements à légiférer et réglementer en matière d'environnement. Il convient aussi d'indiquer que la présente étude ne traite pas du droit international et n'étudie pas le système d'arbitrage sous l'égide du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux

Investissements (CIRDI) mis en place par la Convention de Washington de 1966 en tant que tel. Il ne fait qu'analyser la place des considérations environnementales dans l'AECG sous un aspect bien déterminé : les dispositions sous le parapluie du mécanisme ISDS.

CHAPITRE II

L'ISDS EN PLUS GRANDE PERSPECTIVE

ORIGINE DE L'ISDS

Avec l'essor des échanges commerciaux et des investissements, le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États s'est révélé être le recours de prédilection en matière de protection des investissements et des investisseurs. Il servait à l'origine à résoudre les différends entre les parties contractantes de façon diplomatique. En d'autres mots, l'investisseur étranger qui se sentait lésé sur le territoire d'accueil, devait tout simplement se référer à son propre gouvernement pour déposer une plainte contre l'État d'accueil. Il revenait à l'État d'origine de décider s'il acceptait la réclamation en vue d'entamer les poursuites judiciaires, soit par voie militaire, soit par le biais d'une note diplomatique. Le règlement des différends entre un investisseur étranger et un État était quasiment impossible en vertu du droit international traditionnel (Guyomar, 1959). Il fallait automatiquement utiliser la protection diplomatique et résoudre le litige conformément aux législations internes.

Cette situation se présentait plutôt comme un problème pour les investisseurs étrangers, car elle comportait d'importantes conséquences pour eux, ainsi que pour les États d'accueil. En effet, les investisseurs étrangers étaient soumis à des expropriations forcées, des discriminations et voyaient leurs licences et permis révoqués par l'État d'accueil sans compensation (European Commission, 2013e). Les investisseurs subissaient toutes formes d'abus de la part du pays hôte,

notamment « l'absence d'une procédure en bonne et due forme, et l'impossibilité de procéder à des transferts internationaux de capitaux » (European Commission, 2013e, p. 1).

Quant à l'État, il se comportait et se considérait comme « seul maître de décider s'il accorde sa protection, dans quelle mesure il le fait et quand il y met fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations d'ordre politique, notamment étrangères au cas d'espèce » (CIJ, 1970, p. 45).

Autrement dit, les investisseurs étrangers ne détenaient aucune garantie de protection quelconque quant à leurs investissements. Or, c'est à travers les investissements que les sociétés peuvent créer des « chaînes de valeur mondiales, qui occupent une place grandissante dans l'économie internationale moderne » (European Commission, 2013e, p. 1) .

LE SYSTEME D'ARBITRAGE SOUS L'EGIDE DU GATT

Ce mécanisme d'arbitrage traditionnel et essentiellement étatique est ensuite apparu en totale contradiction avec la procédure des articles XXII et XXIII du GATT de 1947 au sens où il ne protégeait en aucun cas les investisseurs étrangers et leurs investissements dans un contexte de libéralisation des échanges.

Avec l'introduction de ces dispositions, le mécanisme de règlement des différends s'est beaucoup amélioré, mais pas suffisamment pour être un modèle de référence qui garantirait aux sociétés un environnement d'affaire prévisible, impartial, transparent et sécuritaire. Sous l'égide du GATT, le système d'arbitrage est en effet devenu un procédé unique pouvant permettre à un investisseur privé d'amener directement un État devant des tribunaux internationaux, sans le support ou la reconnaissance de son propre État. Les décisions étaient tranchées par le Président du Conseil du GATT, lequel fut par la suite remplacé par des groupes de travail, puis par des

groupes spéciaux qui prenaient les décisions par consensus positif. (OMC, 2016) La règle du consensus positif prévoit qu'aucune partie contractante impliquée dans les différends ne devait s'opposer aux décisions des groupes de travail composés de représentants de toutes parties contractantes intéressées (OMC, 2016).

Les groupes spéciaux, constitués de trois à quatre experts indépendants sans aucun lien avec les parties aux différends (les « panels »), devaient établir suivant un consensus positif des rapports indépendants assortis des recommandations et de décisions pour régler les litiges. Les rapports en question devaient ensuite être transmis au Conseil du GATT afin que ce dernier puisse les considérer comme juridiquement contraignants pour les parties au différend.

Nonobstant de cela, ce système d'arbitrage n'a pas su passer inaperçu aux yeux du grand public. Il s'est fait beaucoup critiquer, soit pour la longueur de ses délais, soit parce que certaines décisions rendues par les comités d'experts n'avaient jamais été honorées et que leurs rapports n'étaient pas toujours assez précis pour permettre d'en dégager des principes utiles (Antoniou, 1993). On a pu déplorer également que la règle du consensus positif puisse bloquer les négociations lorsque les parties en litige qui participaient également aux processus de décision exerçaient leur droit de vote lorsqu'ils estimaient que les décisions du panel allaient à l'encontre de leurs intérêts nationaux.

À titre de démonstration, on relèvera qu'en 1988-1992 le délai entre la demande de constitution d'un panel et la publication du rapport était de 395 jours en moyenne. Le temps écoulé entre la publication du rapport et son adoption était de 249 jours environ (Antoniou, 1993).

Pour toutes les raisons mentionnées ci-dessus, le mécanisme de règlement des différends a subi plusieurs transformations. Quatorze protocoles de modification de l'ISDS ont été adoptés depuis lors et dont les plus conséquents (c'est-à-dire ceux qui ont abrogé et remplacé les versions précédentes intégralement) sont le septième, le dixième et le quatorzième. Ces différentes modifications ont pu voir le jour sous l'égide de l'OMC.

LE MECANISME SOUS L'EGIDE DE L'OMC

Aujourd'hui, le système d'arbitrage sous l'égide de l'OMC diffère grandement de l'arbitrage traditionnel et de celui du GATT. Des mécanismes de protection des investissements ont été mis en place et celui de l'ISDS assure leur application effective. Les quatre dispositions clés sont les suivantes : la protection contre la discrimination (« traitement de la nation la plus favorisée » et « traitement national »); la protection contre l'expropriation à des fins autres que des objectifs de politiques publiques et sans compensation appropriée ; la protection contre un traitement injuste et inéquitable (par exemple ne respectant pas les principes fondamentaux d'équité) ; la protection de la possibilité de transfert de capitaux (European Commission, 2013e, p. 5)

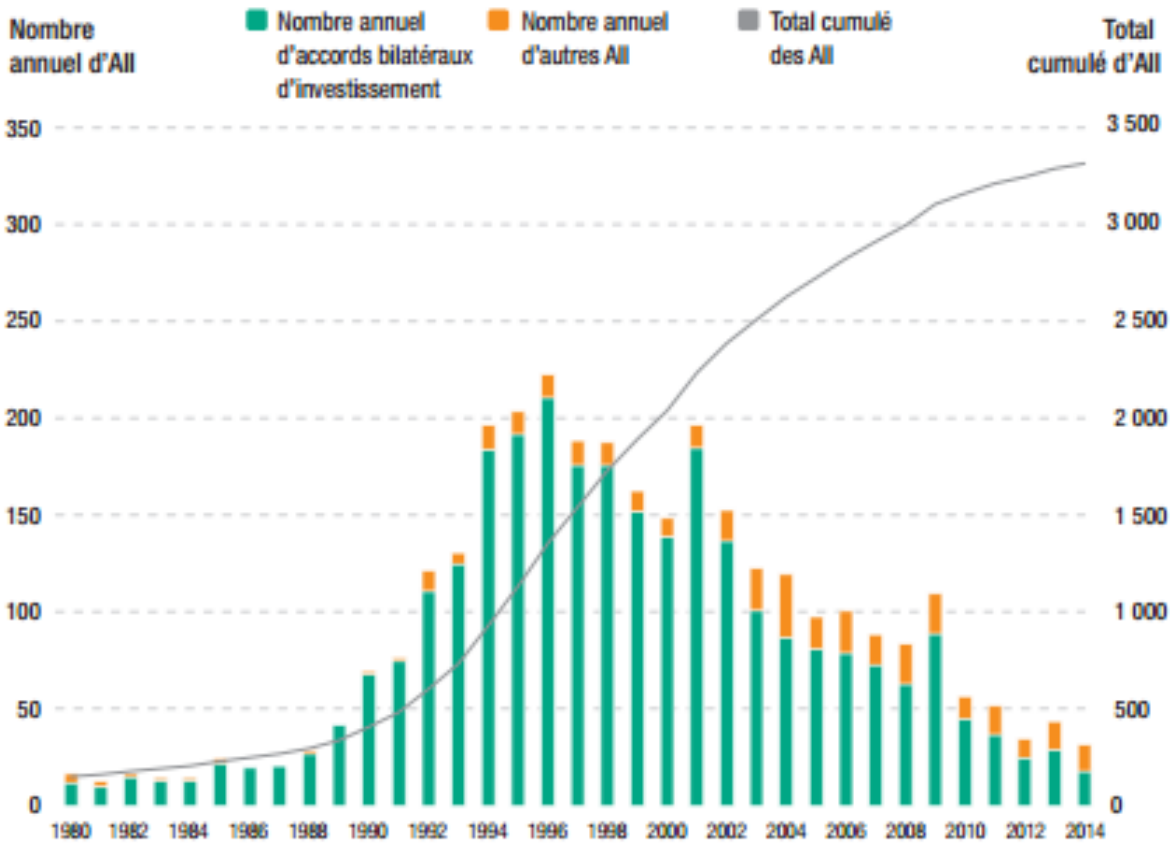
Avec ces changements, les investisseurs étrangers ont désormais la garantie d'un investissement équitable. Ils sont traités au même titre que les États hôtes, et de surcroît cette « protection des investissements offre également aux États du monde entier un moyen d'attirer et de conserver les investissements directs étrangers (IDE) pour étayer leur économie » (European Commission, 2013e, p. 5). Ces changements ont par ailleurs donné suite une série d'événements très différents de ce que les États escomptaient. Il s'agit notamment de la prolifération des accords internationaux d'investissement ; d'une augmentation importante du nombre de litiges impliquant les États d'hôtes, et cela dans des secteurs très précis.

PROLIFERATION DES AII

Fait important, depuis les modifications apportées au système d'arbitrage entre investisseurs et État, les accords d'investissements internationaux (AII) incluent de plus en plus de mécanismes de règlement des différends et le nombre de ces accords d'investissement est grandissant. Selon le rapport de la CNUCED (en anglais UNCTAD), plus de 3 271 accords internationaux d'investissement ont été signés au cours des deux dernières décennies (CNUCED, 2015, p. 25). Comparativement aux nombres d'AII d'il y a 20 ans, le nombre d'accords actuel est plus de huit fois supérieur. Cette prolifération des AII implique par la même occasion une augmentation du nombre de juridictions. À cet égard, le document de travail sur l'investissement à l'international de l'OCDE énonce que « le risque de sentences multiples et contradictoires a également augmenté, le même litige pouvant donner lieu à des sentences rendues en vertu de traités ou contrats différents. Plus les juridictions que les parties ont la possibilité de saisir pour régler leurs différends internationaux sont nombreuses, plus le risque que soient rendues des décisions multiples et contradictoires est grand » (Small, 2006, p. 3). À cela, le rapport de la CNUCED précise que les affaires gérées dans ce cadre de l'investissement international seraient devenues de plus en plus complexes. Elles impliquent de nombreux contrats et par conséquent de nombreuses parties contractantes et de multiples problèmes également (Small, 2006).

La Figure 1 ci-dessous dévoile un aperçu de la prolifération du nombre des AII.

Figure 1: Évolution des AII signés entre 1980-2014.



Source : (UNCTAD, 2015, p. 25) base de données sur les AII.

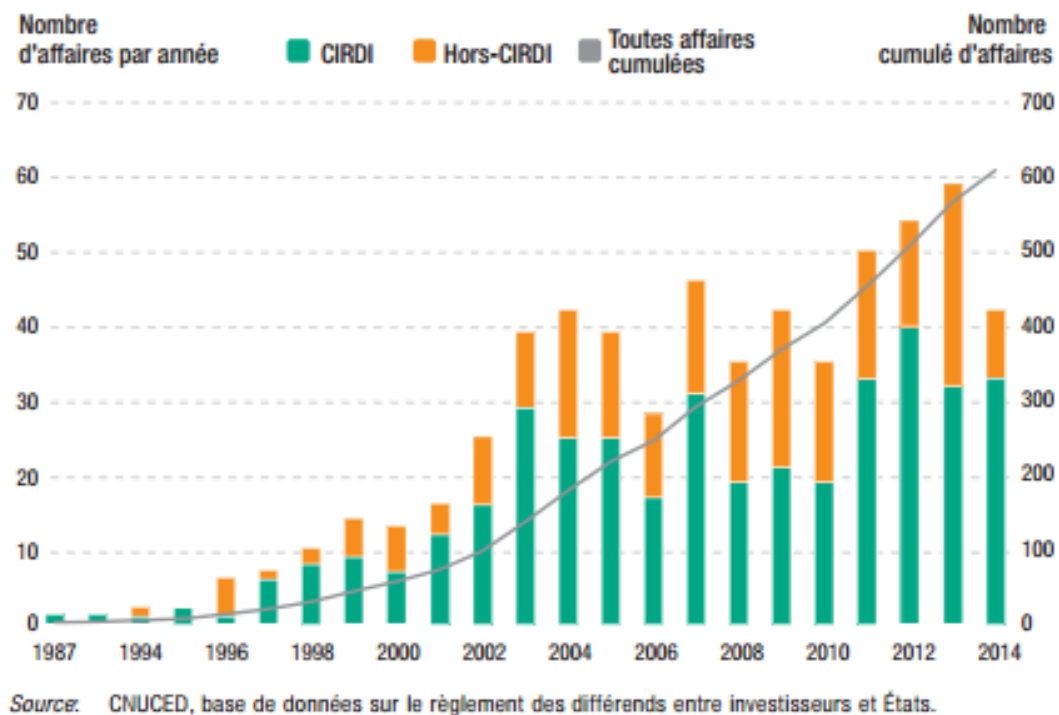
MULTIPLICATION DU NOMBRE DE LITIGES

Considérant la prolifération des AII et les modifications considérables apportées au mécanisme ISDS, certains accords ont été plus marquants que d'autres dans l'histoire du mécanisme ISDS. C'est notamment le cas de l'ALENA (accord de libre-échange entre le Canada, les États-Unis et le Mexique). Depuis son entrée en vigueur en 1994, le nombre de litiges entre investisseurs et États a augmenté considérablement. Les investisseurs se sont rendu compte de la puissance latente du mécanisme ISDS et du niveau de protection qu'il accordait grâce aux dispositions inscrites au chapitre 11 de l'ALENA, les mêmes dispositions qu'à l'OMC. Le rapport de la CNUCED fait état du phénomène suivant : avant l'ALENA, le nombre de cas

enregistrés n'était pas significatif, surtout vers les années 1990 (UNCTAD, 2015). En 1997, il y avait déjà plus de dix-neuf cas de litiges enregistrés. Ensuite, en 2002, plus de quatre-vingt cas supplémentaires avaient été répertoriés. Partant de cent affaires initiées entre 1987 et 2002, leur nombre avait triplé vers la fin de 2007 et avait doublé une fois de plus vers la fin de l'année 2013 (UNCTAD, 2015; Abbott et al., 2014). En tout, on enregistrerait 566 affaires concernant 95 pays à la fin de 2013. Et 42 de plus en 2014, ce qui porte le nombre de recours connus à 608.

La Figure 2 ci-dessous donne un aperçu de l'augmentation du nombre de plaintes identifiées et traitées par un ISDS entre 1987 et 2014.

Figure 2 : Nombre d'affaires connues de ISDS, total annuel et total cumulé, entre 1987 et 2014.



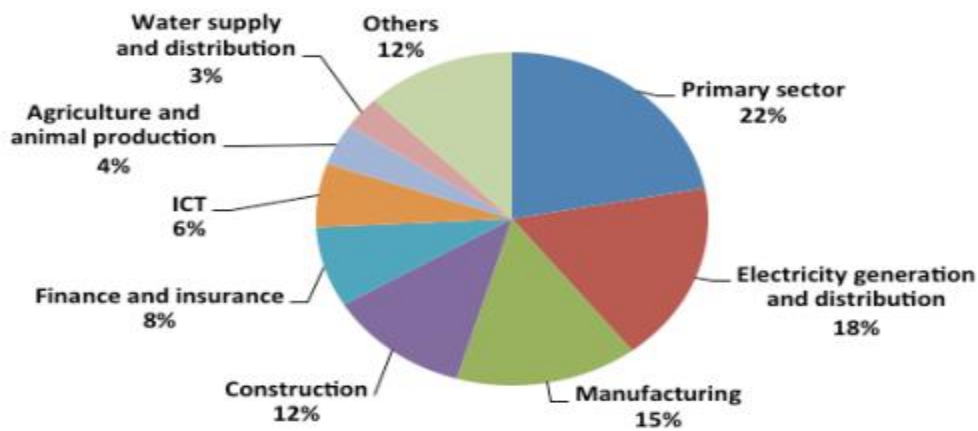
Source : UNCTAD (2015, p. 27). Banque de données sur le règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS).

Fait important, l'UE a joué un rôle considérable dans cette croissance du nombre des litiges. En effet, l'UE aurait été impliquée en grande majorité dans les disputes entre investisseurs et États (Abbott et al., 2014; European Commission, 2013c). Son niveau d'implication aurait également augmenté au cours des dernières années. L'EU détient à elle seule plus de 299 cas de plaintes investisseurs-États pour la dernière décennie, ou 273 cas si l'on exclut les plaintes contre l'UE, ce qui représente 53% (Abbott et al., 2014; UNCTAD, 2014; Eberhardt et al., 2014; European Commission, 2013c).

LES SECTEURS LES PLUS AFFECTES PAR LES CAS D'ISDS

Par ailleurs, si l'on se penche de plus près sur les secteurs d'activité, on observe que ceux qui seraient les plus concernés par les différends investisseurs-États seraient principalement le secteur primaire (l'huile, les mines, les hydrocarbures, etc), qui représente 22 % des ISDS répertoriés (Abbott et al., 2014), puis le secteur de la production et de la distribution d'électricité avec 18 % des cas d'ISDS et enfin le secteur manufacturier qui en représente 15 %. (Abbott et al., 2014). La Figure 3 ci-dessous représente les secteurs les plus touchés par les cas d'ISDS entre 2003 et 2013.

Figure 3: Cas d'ISDS entre 2003 et 2013



Source : Abbott et al. (2014, P. 12) (Calculs effectués à partir des données de la CNUCED)

Les trois secteurs économiques (secteur primaire, production et distribution d'électricité et secteur de manufacturier) qui réunissent l'écrasante majorité des cas d'ISDS sont également ceux qui produisent le plus de gaz à effet de serre. Selon le rapport du *World Resource Index*, qui étudie l'impact humain sur les ressources naturelles, ces secteurs seraient parmi les plus « polluants » de ce point de vue, avec respectivement, 40 %, 18 % et 6,3 % des émissions de gaz à effet polluant (Fournier, 2015).

Quoiqu'il en soit, le fait que les trois principaux secteurs qui concentrent les plus forts taux de plaintes d'ISDS soient également parmi ceux qui émettent le plus de gaz à effet de serre, est particulièrement alarmant. Or, la croissance du nombre de litiges répertoriés sur la scène internationale dévoile que de plus en plus d'États se trouvent défenseurs devant les investisseurs privés. Tout ceci a suscité de vives inquiétudes dans l'opinion publique. D'aucuns se demanderaient même si, « *this increasing use of ISDS provisions is a signal that the investors now have too much power in challenging States and that their power to regulate is being diminished* », tout en soulignant le fait qu'il est difficile mais pas impossible de confirmer ou d'infirmer cela sur la base des cas passés (Abbott et al., 2014, p. 7).

En d'autres termes, le mécanisme a été modifié pour tenir compte de certains de ces reproches et rétablir un cadre neutre qui mette les investisseurs dans une position plus favorable par rapport aux États. Cette faveur marquée à l'égard des investisseurs se révèle aujourd'hui un véritable problème pour la souveraineté des États.

L'INCONVENIENT D'UNE PLUS GRANDE ASSURANCE POUR LES INVESTISSEURS

La faveur marquée à l'égard des investisseurs étrangers leur a permis de contester de plus en plus pour dommages et intérêts les lois, réglementations et autres mesures d'effets équivalents qui les affectent. Les modifications apportées, incluant l'introduction d'un mécanisme de règlement des différends, surtout depuis l'ALENA, n'ont pas seulement mis les investisseurs sur un même pied d'égalité avec les États hôtes ; elles leur ont donné également la priorité. Les nouvelles dispositions octroient des droits aux investisseurs, créent des recours et établissent des tribunaux pour juger des litiges qui en découlent (Dufour, 2012, p. 8). De surcroît, certains observateurs relèvent que « ce système protège uniquement les droits économiques des investisseurs et seulement s'ils sont étrangers, puisqu'il a été créé pour eux et à cette fin. Selon ses détracteurs, ce système opère au détriment de la population et des entreprises locales parce qu'il donne la priorité aux droits économiques des investisseurs étrangers sur tout le reste, y compris le droit de l'État d'agir démocratiquement dans l'intérêt public » (Dufour, 2012, p. 8). Le cas de *Vattenfall c Allemagne* illustre bien cette situation.

En 2009, le groupe énergétique suédois Vattenfall, qui exploite des centrales nucléaires dans le nord de l'Allemagne, a engagé des poursuites contre l'Allemagne en alléguant le fait que ses politiques environnementales rendaient son projet non rentable (IISD, 2009, p. 5). Pour obtenir gain de cause et réclamer 4,7 milliards d'euros en dommages et intérêts, l'investisseur étranger a tout simplement invoqué la disposition sur le traitement de la Charte énergétique. Pourtant l'Allemagne avait mis en place un certain nombre de restrictions écologiques pour protéger les eaux de l'Elbe et, par la même occasion, pour respecter la directive cadre sur les eaux usées de l'UE (Friends of the Earth Europe, 2014).

Comme conséquence de l'application de ces dispositions, l'Allemagne a accepté de modifier sa politique poursuivant les objectifs de développement durable. Notons ici que les normes qui

contraignent les États signataires des traités d'investissement à respecter les dispositions relatives à la protection des investisseurs étrangers sont également incluses dans la Charte énergétique. Les modifications apportées au permis pour l'eau ont entraîné une baisse des normes écologiques par rapport à l'autorisation de fonctionnement initiale attaquée dans ce différend (Friends of the Earth Europe, 2014).

Professeur en droit des affaires à l'Université de Montréal, Dufour décrit bien une telle situation dans son article sur l'ALENA :

« Trop souvent dans ces accords, l'économique prime sur toute autre valeur, et restreint indûment la marge de manœuvre dont l'État dispose pour agir dans l'intérêt public, particulièrement en matière de protection de la santé publique et de l'environnement. [...] Leur nécessaire corollaire, du point de vue juridique, est le caractère prioritaire qui devrait être accordé à la préservation de la marge de manœuvre dont l'État dispose pour prendre des mesures législatives, réglementaires et autres dans l'intérêt public, y compris au détriment des intérêts particuliers des investisseurs étrangers dans certains cas (Dufour, 2013, p. 562).

Fort de cette analyse, elle démontre par le biais d'une étude scientifique que les accords incorporant des dispositions modelées sur le chapitre 11 de l'ALENA, précurseur de plusieurs traités bilatéraux signés par le Canada, ont eu également l'effet d'accroître le potentiel de de poursuites contre le Canada, l'empêchant ainsi d'intervenir par des politiques environnementales (Dufour, 2013). Elle mentionne également, dans un autre article portant sur l'ALENA, que :

« Le chapitre 11 de l'ALÉNA n'interdit pas à l'État de légiférer ou de prendre telle décision administrative et il n'empêche pas non plus un juge de rendre une décision, mais il suspend une épée de Damoclès au-dessus de la tête de chacun des acteurs concernés : la perspective que l'État ait à payer des millions de dollars si la décision prise affecte un investisseur étranger de la manière prévue au chapitre 11 de l'ALÉNA. Cela peut rendre les acteurs concernés hésitants à adopter des mesures qui sont dans l'intérêt public, mais qui sont susceptibles d'être remises en question en raison des dispositions du traité. Ceci a

évidemment un impact sur la capacité de l'État à gérer le risque puisque sa marge de manœuvre à cet égard devient plus restreinte. » (Dufour, 2012, p. 9)

Tel qu'il est appliqué aujourd'hui, le chapitre traitant de la protection des investisseurs et de leurs avoirs emporte ainsi d'importantes conséquences sur les politiques d'intérêt public, alors même que les exigences en matière de développement durable restent considérables. Cet enjeu substantiel appelle à se pencher davantage sur les éléments qui ne fonctionnent pas bien dans le système actuel.

SPECIFICITES DU MECANISME ISDS DANS LE SYSTEME ACTUEL

Le développement spectaculaire de l'arbitrage et la prolifération des accords d'investissement ont finalement donné lieu à des améliorations du mécanisme ISDS. Cependant, les spécificités propres au fonctionnement de ce mécanisme sont contraignantes pour les États. Leurs conséquences sur les politiques d'intérêt public nécessitent que l'on s'y intéresse de plus près afin de déceler certaines de ses carences.

Le cadre retenu par les critiques pour trouver des solutions à cette fin fera l'objet de la présente section (UNCTAD, 2010). Il s'agit dès lors d'analyser la nature des différends, la gestion du litige, la nature des sentences arbitrales, la nature de la relation investisseurs-États, le traitement juste et équitable et l'expropriation et le traitement national, qui font l'objet des critiques les plus fréquentes.

LA NATURE DES DIFFERENDS

Le mécanisme ISDS garantit avant toute chose la protection des investisseurs et de leurs avoirs. Cet avantage pour les investisseurs et la transparence des politiques d'investissement qui

en découle sont accordés aux dépens des intérêts étatiques, et par suite à ceux des nations. La littérature sur le mécanisme ISDS révèle ainsi que la contestation des politiques étatiques d'intérêt public connaît une forte augmentation dès lors que les mesures prises par les Etats affectent les intérêts des investisseurs étrangers et sont par conséquent en contradiction avec les termes de l'accord (UNCTAD, 2010).

D'un autre côté, ce mécanisme qui protège les droits des investisseurs s'inspire essentiellement des politiques commerciales pour régler les différends. À cet égard, la CNUCED, l'organe des Nations Unies chargé des questions de développement, en particulier du commerce international, précise que « la nature du droit applicable est spécifique elle aussi, étant donné que le différend est régi par le droit international et fondé sur la violation d'un instrument international, qui plus est une des sources du droit international, à savoir une convention sur les investissements » (UNCTAD, 2010, p. 12). De plus, certains observateurs remarquent que « L'ISDS représente ainsi un instrument efficace pour les lobbies industriels et financiers, qui peuvent inciter des gouvernements à renoncer à des politiques publiques en les menaçant de futures représailles » (Zacharie, 2015, paragr. 7).

Le problème semble plus aigu lorsqu'on constate que les différends relatifs aux politiques publiques, en matière de santé ou d'environnement notamment, sont résolus dans un cadre commercial par des tribunaux qui n'appliquent que les termes d'un accord d'investissement (Zacharie, 2015). On comprend ici pourquoi les tribunaux remettent en cause les politiques environnementales, sociales et autres qui ne rencontrent pas les intérêts des investisseurs étrangers. Il leur est difficile de reconnaître, dans un tel domaine, le droit qu'ont les États de mettre en place des politiques publiques pour leur développement

Alors, considérant que les différends, qui portent généralement sur des questions de politiques publiques, sont désormais gérés dans un contexte commercial, nous en venons à nous poser la question de savoir comment des mesures de protection environnementale qui affecteraient les intérêts d'un investisseur pourraient être interprétées par des tribunaux commerciaux.

TENDANCE DES SENTENCES ARBITRALES

Dans la plupart des cas, les sentences arbitrales sont prononcées à l'avantage des États. Les recherches effectuées par The European Centre for International Political Economy (ECIPE) et d'autres auteurs dévoilent en effet que dans 37 % des cas les tribunaux statuent en faveur des États, contre seulement 18 % en faveur des investisseurs (Abbott et al., 2014). Autrement dit, au cours de la dernière décennie, beaucoup plus de litiges ont été gagnés par les États que par les investisseurs. Et c'est sans compter que dans les cas où les États sortent perdants, les investisseurs ne reçoivent pas toujours d'indemnisation (Abbott et al., 2014).

Cependant, cette tendance favorable aux États n'est qu'un voile sur le véritable problème. Les montants réclamés par les quelques investisseurs étrangers concernés sont suffisamment substantiels pour que les États hésitent à adopter des mesures d'intérêt général qui leur seraient défavorables. On a pu montrer comment les poursuites intentées contre le Canada en vertu des dispositions du chapitre 11 de l'ALENA (chapitre sur la protection des investisseurs) ont eu pour effet d'inciter cet État à abroger ses politiques publiques dans au moins quatre affaires de protection de l'environnement et de la santé, incluant les brevets des médicaments : Ethyl Corporation, SD Myers, Lone Pine et Eli Lilly (Dufour, 2013). Le Canada n'a pas perdu toutes ces causes mais a tout de même modifié celles de ses politiques publiques qui étaient défavorables aux investisseurs étrangers. Les travaux du Professeur Dufour sur *l'impact du*

L'UE ne fait pas non plus exception, elle a dû elle aussi modifier ses politiques pour favoriser certains investisseurs étrangers. Les affaires *Vattenfall c. Allemagne* (où les entreprises européennes attaquaient la protection de l'environnement), *investisseurs c. l'Argentine et la Grèce, Piero Foresti et autres c. Afrique du Sud* (où elles attaquaient les politiques anti-crise) et *Micula Brothers et autres c. la Roumanie*, (contre la loi européenne) ne sont que quelques illustrations de cette conséquence de l'arbitrage des différends entre investisseurs et États (Eberhardt et al., 2014, p. 7).

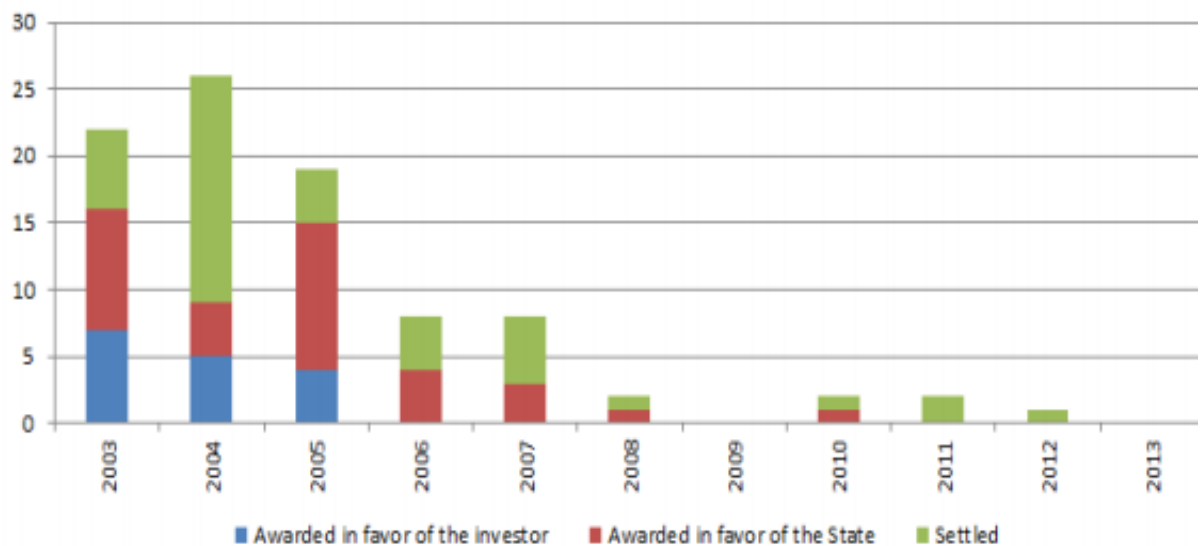
Ces montants onéreux, payés par les contribuables des États, incluant les intérêts, les frais d'arbitrage et autres dépenses et honoraires, sont évalués en millions de dollars canadiens (ou d'euros). D'aucuns disent que « dans plusieurs cas, des États ont même été condamnés à indemniser des investisseurs pour la perte anticipée de profits futurs » (Eberhardt et al., 2014, p. 5).

Effectivement, en s'intéressant de plus près aux réclamations déposées contre le Canada, on note que sur 35 réclamations en instance ou pour lesquelles une décision a été rendue uniquement dans le cadre de l'ALENA, celui-ci a dû verser plus de 171.5 millions de dollars canadiens en dommages et intérêts (121 millions d'euros), en tout (Eberhardt et al., 2014, p. 3). Et de l'autre côté de l'Atlantique, « le montant (connu) des dommages et intérêts réclamés contre les états membres de l'Union européenne dans une affaire donnée vont de 65 000 euros (République Tchèque) à plus de 10 milliards d'euro (Pologne). » (Friends of the Earth Europe, 2014, p. 7). De plus, l'UE, qui représente à elle seule plus de la moitié des plaintes recensées

dans le cadre des accords d'investissement (53 % ou 299 dossiers à l'échelle mondiale), a été défendeur dans 127 affaires connues depuis 1994 et a dû verser en indemnités plus de 5 milliards de dollars canadiens (3,5 milliards d'euros), même si, comme dans le reste du monde, les tribunaux penchent plus en faveur des États (Eberhardt et al., 2014, p. 3; Abbott et al., 2014; Friends of the Earth Europe, 2014, p. 7). Notons que, ici aussi, la grande majorité des cas de litiges (60 % des litiges impliquant l'UE) portent sur des secteurs écologiques importants (Friends of the Earth Europe, 2014, p. 7).

La Figure 4 ci-dessous présente les cas qui ont été réglés en faveur des investisseurs par des tribunaux internationaux, ainsi que la répartition des montants perçus au titre de compensations par les investisseurs étrangers.

Figure 4 : Résultats des sentences arbitrales dans les cas d'ISDS entre 2003 et 2013



Source : Abbott et al. (2014, p. 14), calculs basés sur les données de la CNUCED.

Les montants faramineux demandés aux États ont pour effet de les rendre hésitants à adopter des mesures poursuivant les objectifs de développement pour l'intérêt public.

Avec l'UE au premier rang et le Canada au 5^e rang en matière d'utilisation du mécanisme ISDS, utilisation qui se concentre dans les secteurs environnementaux et impliquant des sommes exorbitantes, la capacité de ces États à prendre les mesures législatives, réglementaires ou autres mesures s'inscrivant dans l'intérêt public ou pouvant protéger l'environnement devient plus que pertinente.

LA GESTION DU LITIGE ET LES TRIBUNAUX

Dans le domaine commercial, le mécanisme de règlement des différends des accords internationaux d'investissement s'inspire grandement de celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). De ce fait, nous présenterons ici un aperçu du mode de gestion des litiges prévu par l'OMC.

Comme nous l'indiquions précédemment dans la première partie de cette étude, le mécanisme de règlement des différends sous l'égide du GATT présentait d'énormes imperfections et il a été de ce fait modifié avec l'achèvement de l'*Uruguay Round*, notamment par la création de l'OMC et d'un nouveau mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Aussi appelé *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, celui-ci fixe les règles et procédure du mécanisme (OMC, 2016).

Le règlement d'un différend au sein de l'OMC doit nécessairement commencer par une voie de règlement non juridictionnelle entre les parties pour trouver une solution mutuellement acceptable : négociation, coopération, consultation, etc.

Le cas échéant, le membre qui s'estime lésé par l'autre partie (le plaignant) demandera à l'Organe de règlement des différends (ORD) d'établir un groupe spécial. Pour obtenir gain de cause, la partie plaignante doit de ce fait prouver que l'autre partie a enfreint les dispositions de l'accord en question. L'ORD ne peut rejeter cette demande que par consensus négatif.

Le groupe spécial établi est en général composé de trois membres et relève des domaines de la politique commerciale, du droit ou de l'économie (Burda, 2005). Il possède des caractéristiques bien distinctes :

« Juristes, hommes politiques, ou encore professeurs d'université peuvent ainsi être choisis pour leurs compétences et connaissances du système commercial multilatéral [...] Les membres du groupe spécial sont indépendants et ils ne siègent qu'à titre personnel et non en qualité de représentants d'un gouvernement ou d'une organisation. Cette indépendance se retrouve également dans leurs frais qui sont mis à la charge du budget de l'OMC. On relèvera que des règles éthiques (*ethic standards*) ont été élaborées à l'attention des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel, des experts et des membres du Secrétariat qui y travaillent. » (Burda, 2005, p. 19)

Un délai de 3 à 6 semaines est accordé à la partie plaignante après l'établissement des groupes spéciaux pour exposer ses faits, contre un délai de 2 à 3 semaines pour la partie mise en cause. En tout, la résolution des différends s'effectue dans un délai de six mois à compter de la date de constitution du groupe spécial ou trois mois seulement en cas d'urgence (OMC, 2016).

Le mode de fonctionnement des groupes spéciaux est emprunté à deux grands systèmes de droit, le droit commun (*commun law*) et le droit civil (Burda, 2005). En effet, à la réception des arguments des parties, le groupe spécial les examine en reprenant les principes du droit commun et en tenant compte des dispositions pertinentes contenues dans l'accord. Sinon, il jouit

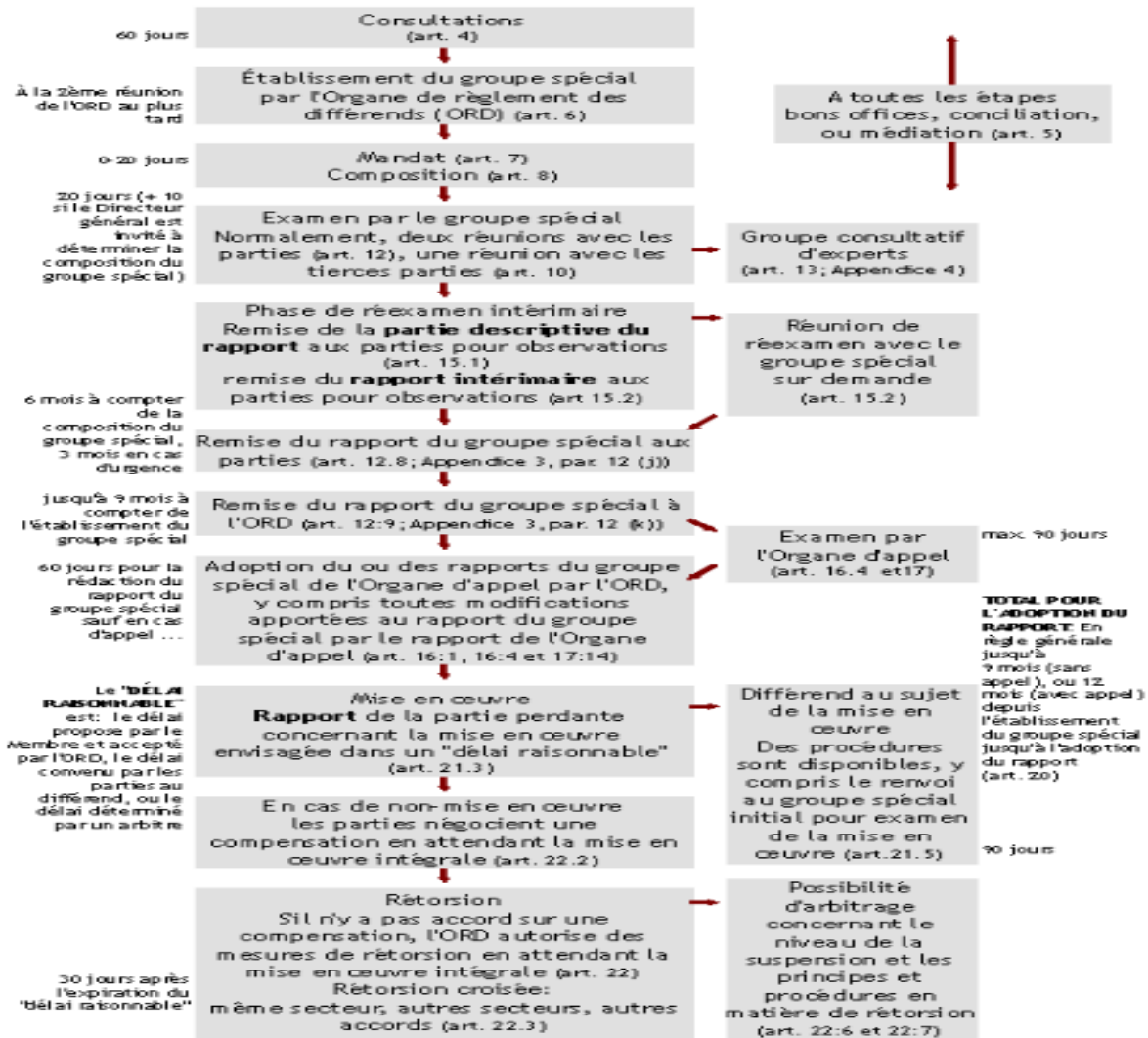
également du pouvoir de mener des investigations dans la plus pure tradition des pays de droit civil (OMC, 2016).

Ensuite, le groupe spécial dispose de neuf mois à compter de la date de sa constitution pour adresser dans un rapport ses recommandations et ses constatations, à l'ORD (OMC, 2016). Il est important de noter également que le rapport de ce dernier est semblable à celui d'un juge. Il établit les faits et dit le droit (Burda, 2005). Toutefois il n'est pas investi des mêmes pouvoirs qu'un juge.

À la réception du rapport, l'ORD a le choix entre deux options : rejeter le rapport par consensus négatif ou l'adopter dans les 60 jours qui suivent sa distribution aux membres de l'ORD, lesquels se conformeront alors aux recommandations du groupe spécial et seront contraints de les exécuter (OMC, 2016).

À l'issue de la sentence, si la partie en cause est condamnée à une indemnisation, elle pourra interjeter appel devant l'Organe d'appel. Elle dispose de ce fait de 60 jours à compter de l'annonce de la sentence pour déposer sa requête (Burda, 2005). L'Organe d'appel rendra une décision par consensus ou à la majorité des voix. À titre d'illustration, le processus de règlement des différends est présenté à la figure 5 ci-dessous.

Figure 5 : Schéma du processus de règlement des différends de l'OMC



Source : site web de l'OMC. Module de formation au système de règlement des différends, [Chapitre 6, Le processus — Les étapes d'une affaire type de règlement des différends.](#)

Dans la pratique, en revanche, un tel processus n'est pas toujours respecté. En effet, pour échapper aux sentences qui ne les arrangent pas, les parties tentent d'explorer et de profiter des autres aspects du processus comme les procédures d'annulation ou encore d'invalidation (UNCTAD, 2010). Cependant, ce contournement du processus conduit à prolonger les délais d'exécution et rend difficile la tâche des arbitres. Comme résultat, on obtient pour des causes

identiques des sentences différentes, soit une édification de tout un ordre juridique. Cela donne une impression d'incohérence des sentences arbitrales, ou encore l'impression d'un contournement de la démocratie ou d'une manipulation du système, qui sont par suite des sujets de préoccupation de l'opinion publique. L'affaire *Chemtura Corp. c. Canada* du 2 août 2010 illustre assez bien ce phénomène (Gouvernement du Canada, Affaires mondiales, 2016)

Dans cette affaire, l'investisseur privé américain a poursuivi le gouvernement canadien pour avoir interdit l'utilisation des produits antiparasitaires sur les récoltes au Canada. Cette décision l'aurait fait perdre de l'argent. Toutefois ce qu'il faut retenir ici est que le procès aura duré 9 ans. L'investisseur étranger essayait en effet de contourner les réglementations canadiennes parce que, de toutes les plaintes déposées par cette demanderesse, les tribunaux ont fort heureusement reconnu le droit de cet État d'agir dans l'intérêt public. Seulement, les tribunaux d'arbitrage institués en vertu de l'OMC ne sont pas liés par la règle du précédent pour qu'il y ai une garantie que le raisonnement de ce tribunal est celui qui prélevera dans le futur (Dufour, 2012).

D'ailleurs, c'est pour cela que la CNUCED dit qu'il faudrait en moyenne trois à quatre ans pour qu'une affaire soit jugée et définitivement réglée (UNCTAD, 2010). Aujourd'hui, cet organe s'interroge « sur le point de savoir s'il est pertinent de confier à des tribunaux arbitraux le soin de trancher des questions touchant la politique des pouvoirs publics, alors qu'ils ne présentent pas les mêmes garanties de responsabilité et de transparence que celles qui sont habituellement exigées des tribunaux nationaux » (UNCTAD, 2010, p. 23)

Autrement dit, les tribunaux ne détiennent pas un contrôle total sur le processus de gestion des litiges défini par le mécanisme ISDS. Cela mène éventuellement à une édification de

tout un ordre juridique à partir duquel les investisseurs étrangers ont la possibilité, dans une certaine mesure, de dicter aux États des choix législatifs et des politiques qui leur conviendraient. (Dufour, 2012). Confier à trois personnes le sort d'un État sur les questions touchant la politique des pouvoirs publics pose dès lors un problème.

LE CARACTERE INTRINSEQUE DES DISPOSITIONS DE L'ISDS

Il est important de rappeler ici que le mécanisme ISDS contenu dans les AII contient quatre dispositions principales. Il s'agit notamment de :

- la protection contre un traitement juste et équitable (TJE)
- la protection contre l'expropriation à des fins autres que de politique publique et sans compensation appropriée ;
- la protection contre la discrimination, dite traitement de la nation la plus favorisée et traitement national (TN)
- la protection de la possibilité de transfert de capitaux

Cependant, seules les dispositions sur le TJE, l'expropriation et le TN nécessitent que l'on s'y attarde car elles sont de plus en plus critiquées par l'opinion publique à cause des problèmes potentiels qu'elles créent pour les politiques publiques : elles contribuent à réduire la marge de manœuvre dont l'État dispose pour agir pour le bien public, et cela au détriment de l'intérêt privé.

DISPOSITIONS SUR LE TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE

Parmi les différentes responsabilités de l'État d'accueil, l'une est de prendre des décisions qui favorisent l'intérêt public. Une autre est de s'assurer que les investisseurs étrangers reçoivent un traitement « juste » et « équitable » (TJE). Alors, lorsque l'État hôte effectue des changements dans le cadre national et que certaines des réglementations en matière d'investissements sont modifiées alors que l'investisseur étranger ne s'y attendait pas, celui-ci

est en droit d'obtenir des compensations pour des pertes encourues (IISD, 2014). Autrement dit, le TJE a la particularité de permettre aux investisseurs étrangers d'obtenir gain de cause contre une disposition d'intérêt public lorsque celle-ci ne répond pas à leurs « attentes légitimes ».

L'autre avantage qui peut être retenu de cette disposition est qu'elle permet à l'investisseur étranger d'obtenir gain de cause sur les recours contre une disposition d'intérêt public lorsque les autres dispositions telles que celles sur les expropriations (direct et indirect) ou le traitement national échoueraient (IISD, 2012).

Cependant, le problème est que les accords d'investissement ne fournissent pas la définition exacte des termes contenus dans la disposition. Pourtant, elle est d'une importance capitale pour étayer d'avantage la nature du litige. En effet, pour certains la définition du TJE protège les investisseurs contre les changements imprévus ou contre les « attentes légitimes, pour d'autres au contraire, il s'agit d'introduire des obligations pour les investisseurs, « dont les moindres ne sont pas celles de gérer leurs investissements d'une manière raisonnable, de s'abstenir de tout comportement abusif et de considérer que l'évolution du cadre réglementaire constitue un risque que toute entreprise se doit d'assumer » (Peterson, 2006, p. 15). Les avis restent donc partagés quant à la signification exacte de cette disposition.

La conséquence directe de ce manque de clarté des termes est que la disposition ne comporte aucune limite et qu'elle laisse à l'entière appréciation des tribunaux la délimitation d'un traitement « juste » ou « équitable » (Peterson, 2006).

Ces assertions ont été confirmées dans la pratique, et les affaires *Lauder contre la République tchèque* et *CME Czech Republic B.V. contre la République tchèque* du 12 mai 2005 en sont un bel exemple. Plus de détails concernant cette affaire seront donnés à la section

suivante. Toutefois, il faut retenir qu'il y a eu deux sentences arbitrales différentes sur la base des faits identiques ou similaires pour des plaintes déposées en parallèle et que l'un des tribunaux avait « rejeté l'allégation de CMS relative à l'expropriation, mais a conclu qu'il y avait eu violation de l'obligation de réserver un traitement juste et équitable en vertu de article II(2) du traité et lui a accordé une indemnisation de 133 millions de dollars, majorée d'intérêts » (Small, 2006, p. 20). Quant à l'autre tribunal, il a rejeté le recours de Lauder en mentionnant que ces faits ne conduisaient pas à une violation contractuelle (Mihir A & Moel, 2006).

L'issue de la sentence est donc variable. Selon la CNUCED en 2014, dans 20 des 90 affaires résolues il s'agissait de plaintes d'investisseurs relatives au traitement juste et équitable (UNCTAD, 2014). De plus, lors de la consultation publique lancée en janvier 2015 par la Commission européenne sur les modalités de la protection des investissements et le mécanisme ISDS dans le cadre de l'Accord de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), la plupart des personnes ayant répondu au sondage ont émis de sérieuses réserves sur cette norme (European Commission, 2015a). En effet, selon ce rapport de la Commission européenne, les entreprises, les ONG et d'autres organisations redoutent elles aussi que certains termes utilisés dans la liste fermée des éléments couverts par la clause de TJE ne puissent pas être interprétés correctement (European Commission, 2015a).

À cela, le Conseil canadien pour la coopération internationale (CCCI) ajoute que « si les tribunaux pouvaient confirmer cette interprétation, il serait enfin possible de considérer la responsabilisation sociale des entreprises comme étant implicite dans les ententes qui ont été ouvertement critiquées parce qu'elles s'attachent essentiellement aux droits et privilèges des investisseurs » (Peterson, 2006, p. 16).

Autrement dit, au vu des plaintes relatives au manque de clarté de cette norme et de ses conséquences juridiques, le TJE doit être formulé plus clairement et plus explicitement que la disposition actuelle afin de limiter les conséquences négatives dans le pays d'accueil en général et sur l'environnement en particulier. Laisser, en effet, l'interprétation de ces concepts à l'entière appréciation des tribunaux qui peuvent être manipulés par les multinationales désireuses de dicter aux États des choix législatifs et des politiques qui leur conviendraient, tel qu'il l'a été mis à jour précédemment, est plus problématique.

DISPOSITIONS SUR L'EXPROPRIATION

Si la notion d'« expropriation » est celle qui attire le plus d'attention, l'expropriation « indirecte » fait encore davantage parler d'elle. Cette norme distingue deux formes d'expropriation, directe et indirecte. La plupart des voix exprimées sur cette norme concernent les expropriations indirectes et leur impact sur les politiques publiques, notamment de développement durable et au courant de la dernière décennie, la CNUCED a révélé que sur les 90 cas d'ISDS conclus, seulement 6 faisaient référence à une expropriation directe et 15 à une expropriation indirecte (UNCTAD, 2014).

Alors, pour revenir à l'expropriation indirecte, l'État a le droit d'exproprier l'investisseur étranger de son territoire. Cependant, ce sont les circonstances dans lesquelles il exerce ce droit qui posent problème. Effectivement, la clause sur l'expropriation, telle que proposée par l'ALENA, stipule que :

« Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf : a) pour une raison d'intérêt public; b) sur une base non discriminatoire; c) en conformité

avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105(1); et d) moyennant le versement d'une indemnité » (ALÉNA, 2014, Chapitre 11, Art. 1105.1)

Ceci veut tout simplement dire que l'expropriation, même accompagnée d'une indemnisation, ne doit être faite que dans l'intérêt public et ne doit pas désigner une cible particulière (nationalité et compagnie). Hélas, ce n'est là que l'une de ses multiples interprétations et celle qui précède a été proposée par l'IISD.

Dans l'objectif de favoriser les investisseurs étrangers, les tribunaux ont quant à eux fourni une tout autre interprétation face à des mesures de protection légitime en matière de santé, d'environnement ou autres enjeux publics, qui contraignent les États à payer des dommages- intérêts (Eberhardt et al., 2014). Ils considèrent pratiquement toute mesure législative ou réglementaire comme une expropriation indirecte lorsqu'elle a pour effet de réduire les profits (Eberhardt et al., 2014).

Les affaires *Lauder contre la République tchèque* et *CME Czech Republic B.V. contre la République tchèque* illustrent bien ce phénomène (Mihir A & Moel, 2006). En 1990, deux investisseurs privés dans le domaine des médias, Ronald Lauder et CME (Central European Media), ont intenté des poursuites envers la République Tchèque en prétendant que l'interférence du Conseil Tchèque des médias dans les arrangements commerciaux aurait occasionné des pertes financières (Friends of the Earth Europe, 2014, p. 8). « Les requêtes ont été déposées quasi simultanément par Lauder, investisseur américain, en vertu du TBI entre les États-Unis et la République tchèque, et à Stockholm par CME Czech Republic, entreprise néerlandaise détenant des actions dans la société locale, en vertu du TBI entre les Pays-Bas et la République tchèque.

La République tchèque a eu gain de cause contre *Lauder*, mais a été condamnée à verser une indemnisation substantielle à CME » (Small, 2006, p. 24).

Sur la base de faits identiques ou similaires, ces deux sentences arbitrales illustrent de façon flagrante que les tribunaux ne s'entendent pas encore une fois sur l'interprétation des principes juridiques contenus dans le mécanisme de règlement des différends. Elles montrent également combien ont été différentes les manières d'identifier l'existence d'une expropriation directe. De surcroît, dans l'un des cas, le tribunal a statué selon le niveau des pertes et dommages-intérêts, et dans l'autre, selon le niveau de manquement à l'accord.

Tout bien considéré, la subjectivité relative à la définition de ce concept d'expropriation est une faille dans le mécanisme ISDS. Non seulement l'interprétation de la clause est laissée à la discrétion des tribunaux mais en plus elle remet en cause les mesures de protection légitime des États.

Ce problème se confirme aussi auprès des acteurs de la société civile européenne. D'ailleurs, ceux-ci ne manquent pas de défendre leur position sur ce sujet auprès de la Commission européenne. Voici ce que dit le rapport de la consultation publique de la CE :

« la majorité des citoyens, mais aussi quelques syndicats, universitaires et groupes de réflexion, [...], par exemple des syndicats, estiment que la portée de la notion d'expropriation indirecte devrait être restreinte de manière significative, pour exclure notamment le manque à gagner. D'autres, principalement des entreprises, pensent pour leur part que l'approche proposée affaiblirait la protection des investisseurs à l'égard du principal risque encouru à l'étranger, en particulier comparé aux traités bilatéraux d'investissement, parce qu'elle autoriserait les États à ne pas accorder de compensation en cas de mesures adoptées dans certains secteurs (comme la santé), ce qui pourrait nuire en particulier aux investissements dans ces secteurs » (European Commission, 2015a, p. 19)

Compte tenu des problèmes associés au manque de précision dans un tel dispositif, certains observateurs, à l'instar de la CCIC, souhaiteraient voir certains facteurs être pris en considération lors de la résolution des différends, notamment « la nature » des mesures, leurs « effets économiques » sur l'investissement et jusqu'à quel point ces mesures déçoivent les « attentes définies et raisonnables fondées sur l'investissement » (Peterson, 2006, p. 11).

Ces éléments d'interprétation pourraient d'une part aider les États à formuler et à adapter leurs politiques publiques en conséquence lorsque ceux-ci poursuivent un objectif en matière de santé et d'environnement. D'autre part, cela permettrait d'assurer une cohérence au niveau des instances arbitrales et aiderait ces derniers à mieux définir une situation d'expropriation « indirecte » sans toutefois se baser sur la mesure d'investissement étranger (Peterson, 2006).

DISPOSITIONS SUR LE TRAITEMENT NATIONAL

Le principe du « traitement national » contenu dans le mécanisme ISDS oblige l'État d'accueil à traiter l'investisseur étranger aussi favorablement que l'investisseur national lorsque les « circonstances similaires » se présentent. Un traitement national (TN) typique du mécanisme ISDS suivra la règle suivante, établie dans l'Article 1102 de l'ALENA (un des premiers traités à établir cette provision sur le traitement nation) :

« Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements » (Secrétariat de l'ALÉNA, 2014, Chapitre 11, art. 1102.1)

Autrement dit, un État qui accueille un investisseur dans le cadre d'un accord d'investissement n'a pas le droit de le désavantager. Plus encore, il est contraint de lui accorder

le même traitement que celui qu'il aurait donné à un investisseur national dans des circonstances similaires.

En dépit de ce qui précède, de nombreuses critiques se sont fait entendre sur le sujet. D'entrée de jeu, certains observateurs soulignent le fait que la disposition constitue un frein au développement économique local. Pour eux, le TN empêcherait les gouvernements de mener des politiques de soutien aux investisseurs locaux, simplement parce que de telles mesures gouvernementales pourraient constituer une forme de discrimination vis-à-vis des investisseurs.

Or, « dans le but de développer une forte présence domestique, en particulier dans certains secteurs, il est parfois nécessaire de donner un soutien temporaire et/ou une protection ou un abri derrière lequel il est possible de se développer sans la concurrence potentiellement écrasante et plus efficace des producteurs étrangers » (IISD, 2012, p. 23) (Traduction libre).

Autrement dit, l'État devrait pouvoir instaurer « une certaine distinction entre les investissements intérieurs et les investissements étrangers, par exemple par des subventions et des incitations visant à promouvoir les industries naissantes, ou par des règles sur le contenu local visant à favoriser les liens entre les investisseurs étrangers et l'économie du pays d'accueil » (Peterson, 2006, p. 8)

Par ailleurs, dans une perspective d'intérêt public, le point critique se situe dans la capacité des États d'accueil à légiférer vraiment en faveur de l'intérêt public. La difficulté est que lorsque vient le moment d'appliquer de telles dispositions concrètement, les politiques environnementales, sanitaires, sociales ou autres sont affaiblies, voire éliminées au profit des investisseurs étrangers.

L'exemple suivant permettra d'étayer cet argument : un étranger qui aurait un investissement de même calibre que celui d'un investisseur local, et qui émettrait plus de particules polluantes dans l'atmosphère que lui, aurait le droit de contester toute politique nationale visant à réduire les émissions polluantes s'il est prouvé qu'il se trouve dans la même situation que l'investisseur national et que l'effet de la réglementation est de le défavoriser.

L'affaire *SD Myers c. Gouvernement du Canada*, (2014) illustre parfaitement cette situation. L'arbitre y a jugé qu'« une décision prise par le Canada d'interdire l'exportation de déchets toxiques (interdiction applicable à tous les investisseurs et conforme aux exigences d'un traité international en matière d'environnement) privilégiait les entreprises canadiennes, car ces dernières pouvaient continuer à mener leurs activités alors que des concurrents américains se voyaient interdits d'envoyer leurs déchets aux États-Unis pour traitement » (Eberhardt et al., 2014, p. 14).

Autrement dit, lorsqu'une telle situation se présente, l'investisseur étranger prend avantage sur le gouvernement en stipulant que celui-ci a manqué à son obligation d'agir de façon non discriminatoire.

Toutes ces limites font en sorte que les éléments qui encadrent cette disposition dite TN sont un problème pour la souveraineté d'un État.

Or, en se fondant sur le rapport coûts / bénéfices, et sans distinction de nationalité, un gouvernement peut vouloir favoriser certains projets d'investissement. De la même manière, un gouvernement peut vouloir entreprendre des actions pour renforcer son projet politique, sans avoir pour autant l'intention de favoriser qui que ce soit, mais dans un objectif d'intérêt public.

Dit simplement, en maintenant la formule actuelle de cette disposition, la marge de manœuvre dont l'État va disposer pour mener à bien des activités d'intérêt public est limitée. Elle devrait être formulée autrement afin que l'État hôte puisse avoir la possibilité de recourir à des instruments politiques sans que cette action soit considérée comme étant une mesure discriminatoire.

LA NATURE DE LA RELATION INVESTISSEURS-ÉTATS

Quand la protection des investisseurs et de leur investissement dans le pays d'accueil est garantie par un accord d'investissement, les dispositions de celui-ci (le traitement juste et équitable, la compensation en cas d'expropriation directe ou indirecte, le traitement national, le traitement de la nation le plus favorisée, etc.) doivent obligatoirement être respectées par les parties en présence. Lorsque l'une d'entre-elles manque à ses obligations et cause un préjudice à l'autre, cela entraîne pour elle une obligation de réparer. Cette responsabilité prend sa source dans le contrat que les parties ont signé et c'est tout ce mécanisme qui établit la relation Investisseur-État (Leben, 2004).

Cela étant, lorsqu'un investisseur étranger, personne physique ou morale, effectue un investissement dans une économie autre que la sienne, il acquiert de l'intérêt à long terme de l'économie dans laquelle il investit. Selon le type d'opération créé par l'investissement, l'intérêt obtenu peut s'étaler sur plusieurs années, jusqu'à 30 ans. De telles opérations, dans un cadre contractuel ou un quasi-contractuel, caractérisent la nature même de la relation investisseur-État : une relation établie sur le long terme.

À cet égard, la CNUCED déclare que :

« La particularité des différends investisseur-État tient au fait que la nature de la relation entre les parties implique un engagement à long terme, ce qui implique parfois une interconnexion complexe entre les deux parties résultant d'une situation de dépendance mutuelle. Ainsi, la population d'un pays peut être tributaire d'un investisseur privé étranger pour la prestation d'un service public ; pour sa part, l'investisseur aura engagé dans l'entreprise de gros capitaux, et l'opération ne deviendra rentable qu'après un certain nombre d'années. Par conséquent, l'investisseur et l'État sont parfois obligés de maintenir une relation de travail malgré leur désaccord » (UNCTAD, 2008a, p.13).

Cependant, le problème de cette caractéristique propre au mécanisme ISDS, (la relation de dépendance mutuelle entre l'investisseur et l'État), est qu'elle représente un risque pour les parties, un risque qui pourrait potentiellement avoir un impact sur les politiques publiques de l'État. En effet, compte tenu de l'application actuelle des dispositions entourant la protection des investisseurs, l'État qui effectue des modifications d'ordre réglementaire d'intérêt public ayant des effets sur l'environnement de l'investisseur, et que l'investisseur se dit affecté s'il peut voir ses profits diminuer, alors l'État est plus que perdant. Au moment où le différend entre les deux entités se retrouve au niveau des tribunaux et que cela se solde par une compensation de l'investisseur étranger, non seulement l'État doit verser une compensation à son hôte, mais en plus la relation investisseur-état devient instable, ce qui pourra conduire à de mauvais précédents. Pourtant, pour l'État, l'objectif de signer des AII est plutôt d'attirer de l'investissement qui contribuera certainement au développement de son économie et non de dépenser de l'argent par des compensations ou encore de fragiliser cette relation de dépendance mutuelle. Tous ces enjeux ne peuvent que rendre l'État d'accueil encore plus hésitant quand il faudra mettre en place des politiques publiques ou des réglementations. C'est d'ailleurs pour cela que la CNUCED stipulait que :

« L'arbitrage en matière d'accords d'investissement peut entraîner la rupture des liens entre l'investisseur et l'État, ce qui est contraire à l'objectif de nombreux pays hôtes, désireux d'attirer et d'encourager des investissements qui contribuent véritablement au développement de l'économie. Par ailleurs, la détérioration de la relation compromet les chances pour l'investisseur de rentabiliser à long terme son capital dans le pays hôte. Les investisseurs arrivent généralement mus par un intérêt bien réel, obtenir un bon rendement des capitaux engagés, ce qui peut demander plusieurs années d'activité ininterrompue. Un litige avec l'État rompt inévitablement ce lien et crée un mauvais précédent pour l'une comme pour l'autre partie » (UNCTAD, 2010, p. 5).

Autrement dit, la nature des relations entre investisseurs et États (hôtes de l'investissement) suppose des risques pour les parties, lesquels représentent une pression pour l'État quand il s'agit de poursuivre des objectifs légitimes d'intérêt public. Considérant dès lors que le système d'arbitrage met une puissance souveraine en position de défendeur et remet en cause les actes accomplis et les mesures prises par un État, des mesures qui sont par ailleurs conformes au droit interne et non-discriminatoires envers l'investisseur étranger, on peut clairement confirmer qu'il y a un problème au niveau du mécanisme ISDS, lequel n'avantage pas le développement économique (UNCTAD, 2010; Dufour, 2013).

RECAPITULATIF : QU'EST-CE QUI NE VA PAS DANS L'ISDS CONTENU DANS LES ACCORDS D'INVESTISSEMENT EN GENERAL ?

Il ressort, du chapitre relatif à la protection des investisseurs dans les AII les éléments clés suivant :

- ✚ Les investisseurs ont dorénavant un grand avantage sur les États dans le cadre des AII. Les politiques d'investissement sont assurées et les droits des investisseurs sont protégés. Cependant, les États se trouvent défenseurs devant les investisseurs privés pour des mesures législatives, réglementaires et autres d'intérêt public conformes au droit interne de ces États d'hôte. Par ailleurs, les différends de nature politiques publiques sont traités

par des tribunaux qui n'appliquent que les termes d'accords d'investissement pour résoudre ces différends.

- ✚ Compte tenu du fonctionnement du système actuel, il semble plutôt difficile pour les tribunaux de reconnaître le droit des États de mettre en place des lois et réglementations pour l'intérêt public dans les litiges.
- ✚ Les sentences arbitrales, en grande majorité, sont prononcées à l'avantage des États. Cependant, ceux-ci restent sensibles aux montants des dommages et intérêts, qui peuvent parfois atteindre des milliards de dollars. L'impact de ceci sur la démocratie est que ces montants exorbitants entraînent de la part des États, d'abord une certaine hésitation quant à la mise en œuvre de politiques publiques, lesquelles incluent la poursuite des objectifs de développement durable pour l'intérêt public, et ensuite, le système substitué également à cet État des sommes importantes de financement du développement économique et durable.
- ✚ Le processus de gestion des litiges a été modifié pour tenir compte de certains reproches tels que des délais très longs. Mais en pratique, les procédures de gestion de litiges ne sont pas respectées. Une fois de plus, elles conduisent à de longs délais pour lesquels les tribunaux, constitués de trois membres, n'ont pas le contrôle de ce processus de gestion des litiges défini par le mécanisme ISDS. Dans ce processus de gestion des litiges caractérisé par de longs délais, les investisseurs étrangers sont capables de contourner le système et de l'édifier. Cette édification leur offre ensuite la possibilité, dans une certaine mesure, de dicter aux États des choix législatifs et des politiques qui leur conviendraient.
- ✚ Le TJE et l'expropriation indirecte permettent aux investisseurs d'obtenir gain de cause sur les recours contre les dispositions d'intérêt public lorsque certaines conditions ne sont pas respectées. Cependant, la définition exacte des termes contenus dans ces dispositions est ambiguë et ne permet pas d'étayer suffisamment la vraie nature des litiges. L'interprétation de ces termes est par conséquent laissée à l'entière discrétion de trois membres de l'arbitrage uniquement, pour lesquels les investisseurs étrangers sont aujourd'hui capables de dicter leur choix législatifs et politiques.
- ✚ Avec l'application du principe de TN, l'investisseur étranger est traité aussi favorablement que l'investisseur national. Cependant, la formule actuelle de ce principe

de TN contribue à réduire la marge de manœuvre dont l'État dispose pour mettre en place des lois et réglementations, et par la même occasion, elle contribue à empêcher les États de fournir un soutien temporaire et/ou une protection pouvant permettre aux investisseurs nationaux de faire face à la concurrence ou une amélioration de l'économie locale. En d'autres termes, la formule actuelle du TN est un frein au développement économique et durable de l'État.

- ✚ De surcroît, la relation investisseur-État elle-même est problématique. Caractérisée par une relation de dépendance mutuelle, elle est compromise lorsque l'État se trouve défendeur devant l'investisseur et qu'au niveau des tribunaux cela se solde par une compensation. L'État va non seulement déboursier des fonds pour payer des dommages et intérêts, mais va aussi prendre le risque de créer un mauvais précédent avec cet investisseur. Ces conséquences sont contraires aux objectifs de l'État qui signe des AII pour attirer de l'investissement et développer son économie. Ces effets ne peuvent que rendre encore plus hésitant les État à mettre en place des politiques d'intérêt public.

Simplement, toutes ces caractéristiques particulières du mécanisme ISDS, qui présentent également des avantages, comportent beaucoup d'imperfections dans le système actuel et témoignent de la complexité croissante des questions relatives au mécanisme ISDS. L'UE reconnaît de ce fait que « certaines dispositions clé en matière de protection des investissements ne sont pas claires. Dans certains cas, leur formulation est telle qu'elles compromettent la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public » (European Commission, 2013c, p.7).

Toutefois, l'AECG se présente comme un accord innovant, suffisamment résistant pour répondre aux différentes préoccupations de l'opinion publique. Cependant, le scepticisme et les critiques à propos de son système d'arbitrage se font encore entendre au sein de la société civile et d'autres groupes de population. Les avis restent partagés sur le sujet,

Connaissant désormais l'impact du mécanisme ISDS sur les politiques publiques et l'environnement en particulier, les signataires de l'AECG ont-ils formulé les dispositions de

l'AECG de la même façon ? La suite du mémoire va analyser certaines dispositions de ce nouvel accord économique global afin de déterminer s'il répond à cette question ainsi qu'aux critiques soulevées dans la controverse actuelle par la même occasion

CHAPITRE-III

ACCORD ECONOMIQUE ET COMMERCIAL GLOBAL ENTRE LE CANADA ET L'UE (AECG) : TOUT CE QU'IL FAUT SAVOIR

QU'EST-CE QUE L'AECG ?

L'accord économique et commercial global signé entre le Canada et l'UE est de loin l'accord de libre-échange le plus vaste et le plus ambitieux qui soient. Cet accord d'intégration économique a pour objectif principal de promouvoir les économies des deux parties à l'échelle nationale au moyen d'un accès accru aux marchés de l'un et de l'autre. L'étude conjointe menée par ces deux parties révèle en effet qu'il aura pour avantage d'accroître les échanges bilatéraux de 23 %, soit près de 26 milliards d'euros (38 milliards de dollars canadiens) (European Commission, 2013c, p. 1).

Le succès de cet accord, conjugué à l'avantage concurrentiel que confère cet accès préférentiel, n'est envisageable qu'avec la suppression totale ou presque de tous les tarifs douaniers. L'accord prévoit de supprimer plus de 99 % des droits de douanes entre les deux économies et les droits sur les produits industriels seront « totalement libéralisés », explique le mémo de la Commission européenne (2013b).

QU'EST-CE QUE L'AECG SIGNIFIE POUR LE CANADA

Succinctement, cet accord, pour le Canada, représente l'accès à un vaste marché économique qui lui donnerait un très grand avantage concurrentiel lié au débouché économique qui se trouve en Europe, sur la scène internationale. Non seulement il pourra étendre davantage son économie sur 28 États supplémentaires, mais il pourra aussi créer les emplois et des occasions pour les Canadiens (Gouvernement du Canada, Affaires étrangères, 2015). Le Canada deviendra alors l'unique et seul pays développé à avoir un accès préférentiel aux deux plus grandes économies du monde : l'UE et les États-Unis (Gouvernement du Canada, Affaires É., s. d.).

En termes de chiffres, on pourrait dire simplement que l'UE compte plus de 500 millions d'habitants. En considérant ses activités économiques qui se chiffrent à plus de 18 billions de dollars par année, les fournisseurs canadiens auront accès à une source importante de débouchés. Les investissements effectués au moyen de cet accord économique global qui « crée de l'emploi, génère de nouvelles sources de prospérité, stimule la créativité et la technologie, et lie le Canada aux importantes chaînes de valeur mondiales » pourrait faire augmenter, de façon ponctuelle, les revenus canadiens de 12 milliards de dollars, soit en moyen 1 000 dollars pour les ménages ou encore 800 000 nouveaux emplois (Gouvernement du Canada, Affaires É., 2015, n. 5).

CE QUE L'ENTENTE CONTIENT

L'AECG reprend « les dispositions en matière de protection de l'investissement déjà inscrite à l'article 11 du traité de libre-échange nord-américain », c'est-à-dire que l'AECG prévoit lui aussi un mécanisme d'arbitrage en cas de conflit (Le gouvernement Grand-Duché de Luxembourg [Le gouvernement], 2013, paragr. 6). Nommé « mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les États » (ISDS - Investor-State Dispute Settlement), il permet d'assurer la protection des investisseurs et des investissements dans les deux économies.

Autrement dit, l'application de ce mécanisme permettra à toutes les firmes multinationales européennes de poursuivre l'État canadien et, inversement, les firmes multinationales canadiennes pourront poursuivre l'UE, toutes deux, en dommages et intérêts devant un tribunal des investissements et une cour d'appel. Les enjeux dans ce marché mondial sans précédent pourront être très élevés. C'est notamment le cas lorsque ces investisseurs considèrent certaines mesures de protection — en matière de santé, d'environnement ou autres — et bien d'autres mesures prudentielles, comme soient des « expropriations indirectes » ou des mesures d'« effet équivalent ».

Cet accord inclus également de nouvelles approches en matière d'investissement. Selon la déclaration des deux partenaires, dans une communication conjointe, elle aborderait également un éventail de préoccupations et aborderait également les améliorations substantielles que voici (European Commission, 2016b) :

- Un changement au niveau du tribunal : le tribunal bilatéral se fait remplacer par un tribunal international multilatéral permanent de 15 membres qui traiteront les dossiers en matière de protection des investisseurs ; un renforcement de la transparence avec plus de légitimité et de prévisibilité tant pour les entreprises que pour les tribunaux ;
- Des dispositions en matière de lutte contre les abus du système ;
- Des mesures garantissant l'indépendance et l'impartialité des arbitres ;
- Une inclusion d'obligation de transparence pour les entreprises ;
- Une meilleure interprétation des concepts que l'ALENA ;
- Une meilleure protection des investisseurs qui garantit un nouveau droit de réglementer et de mettre en œuvre les objectifs de politique publique pour l'État ;

- L'instauration d'une cour d'appel dès l'entrée en vigueur de l'accord et d'un droit interne (application de l'accord conformément au droit international lorsque les tribunaux traitent avec les investisseurs étrangers) ;
- Invitation exceptionnelle des provinces à participer directement aux négociations internationales.

En considérant d'une part le fait que les AII s'améliorent avec le temps et d'autre part le fait que, dans la pratique le mécanisme ISDS « peut démentir bon nombre des avantages théoriques de l'arbitrage » (UNCTAD; 2014, p. 4), telles que mis à jour plus haut, voyons ce que la société civile et d'autres groupes de population canadienne et européenne disent à ce sujet.

LA CONTROVERSE SUR LE SUJET

Pour certains, cet accord de libre-échange signé entre le Canada et l'UE serait un accord novateur et sans précédent. Ces partisans le qualifient même d'« excellent exemple d'une nouvelle génération d'accords » en raison des nombreux bénéfices dérivant de ce renforcement des relations commerciales bilatérales (Union Européenne - SEAE, 2016, sect. 4). Quant à son mécanisme de règlement des différends, ces derniers pensent, en effet, qu'il est suffisamment efficace pour aborder le large éventail de préoccupations qui s'énoncent au sein de l'opinion publique. « Dans ce domaine, l'AECG introduit d'importantes innovations et garantit ainsi un niveau élevé de protection aux investisseurs tout en préservant pleinement le droit pour les gouvernements de réglementer et de poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, comme la protection de la santé, de la sécurité ou de l'environnement. », ont déclaré ainsi les deux partenaires (UE et le Canada) dans une communication conjointe (European Commission, 2013a, p. 1). Les deux partenaires précisent également que :

« L’AECG est en nette rupture avec l’approche traditionnelle suivie pour la protection des investissements et le règlement des différends en matière d’investissements dans la plupart des traités bilatéraux d’investissement conclus dans le monde. Il met un terme aux ambiguïtés qui exposaient l’ancien système à des abus ou à des interprétations excessives et crée un système juridictionnel indépendant en matière » (European Commission, 2013a, p. 1).

Autrement dit, non seulement ce mécanisme se pencherait sur la principale préoccupation du grand public, celle du droit pour les gouvernements de réglementer et de poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, incluant la protection de la santé, de la sécurité ou encore de l’environnement, mais en plus il offrirait également un éventail de réponses à bien d’autres problèmes (les abus du système arbitral, les interprétations des concepts, etc..). Voici, ci-dessous, quelques opinions rapportées du grand public sur ce sujet¹.

Du côté politique, ses défenseurs estiment que le chapitre des règlements des différends contenu dans l’AECG, est innovant et répond en cela aux préoccupations actuelles car il fonctionne comme une juridiction multilatérale permanente en matière d’investissement (Le gouvernement Grand-Duché de Luxembourg, 2013). En effet, le chapitre relatif à la protection des investisseurs et au mécanisme ISDS a été modifié récemment. Le 29 février 2016, la commissaire au commerce, Cecilia Malmström, a annoncé la clôture juridique de l’AECG en faisant valoir qu’en faisant « fonctionner le système comme une juridiction internationale, ces changements permettront aux citoyens d’avoir confiance en sa capacité à rendre des jugements équitables et objectifs » et s’est égayée d’avoir répondu aux « attentes, aussi bien des États membres que du Parlement européen » (European Commission, 2016b).

¹ Voir <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2016/03/pe-ceta-reactions/index.html>

Cependant, cet argument proposé par les partisans de l'accord n'a pas su convaincre ses détracteurs. Ces derniers n'ont pas été empêchés, entre-temps, de défendre leur point de vue. Essentiellement, ce que ses détracteurs reprochent à cet accord, c'est l'introduction du mécanisme de règlement dans les textes. Ce mécanisme permettrait aux investisseurs de continuer à déposer des plaintes s'ils estiment avoir subi un traitement discriminatoire ou un manquement aux règles de protection des investissements, ce qui contribuera à limiter le droit pour les gouvernements de poursuivre leurs objectifs de politiques publiques.

En effet, selon le Réseau de Commerce Juste (RCJ), le mécanisme ISDS permettra « aux plus riches sociétés européennes de contourner nos tribunaux publics et d'intenter à notre gouvernement des poursuites pour des millions, voire des milliards, de dollars lorsqu'une politique risque de menacer leurs profits » (Brown, 2016, paragr. 3). « On parle de changements mineurs qui n'empêcheront en rien les sociétés étrangères de menacer de poursuivre, pour plusieurs milliards de dollars, les gouvernements qui adoptent des politiques socialement et environnementalement responsables », soutient Larry Brown, coprésident du Réseau pour le commerce juste (RCJ) sur leur site internet (Brown, 2016, paragr. 2). À son coprésident, Blair Redlin, de renchérir ces propos en déclarant que : « ce mécanisme restreint fortement la capacité de tous les paliers de gouvernement à adopter des lois et des politiques publiques qui protègent la santé et le bien-être des citoyens ou qui font la promotion du développement durable » (Brown, 2016, paragr. 4). Si le nouveau gouvernement canadien ratifie l'AÉCG, ces problèmes ne feront que s'aggraver », selon Brown (2016). Il ajoute que « L'AÉCG demeure un accord désastreux pour le Canadien moyen. On ne peut pas le ratifier sans de nouvelles négociations poussées et transparentes » (Brown, 2016, paragr. 6).

Rappelons que le RCJ est un vaste réseau multisectoriel qui réunit des groupes environnementaux, associatifs, étudiants, autochtones, culturels, agricoles, syndicaux et de justice sociale dont l'objectif est de remettre en question la portée des accords de libre-échange et le secret qui les entoure (Brown, 2016).

Or, pour le groupe Socialistes et Démocrates européens, cet accord représenterait un mécanisme « plus démocratique et transparent », qui satisfait aux mieux à leurs demandes, selon les dires de Bernd Lange, membre du groupe S&D et président de la commission du commerce international du Parlement européen. Rappelons que ce dernier réclamait « une réforme plus profonde du système, où les arbitres seraient remplacés par des juges publics installés dans une cour permanente, supposés moins perméables aux conflits d'intérêts avec les multinationales » (Vaudano, 2015, p.1).

À cet effet, la Commission européenne précise justement avoir inclus « des obligations de transparence pour les entreprises, de sorte que tous les documents et toutes les audiences soient publics, des dispositions en matière de lutte contre les abus du système et des mesures garantissant l'indépendance et l'impartialité des arbitres » (European Commission, 2013a, sect. 2). En effet, « le chapitre relatif aux entraves techniques aux échanges comporte des dispositions qui amélioreront la transparence... » (European Commission, 2015b, p. 1; European commission, 2016, p. 8).

Sorin Moisa, eurodéputé S&D responsable de l'AECEG au sein de son groupe, ajoute qu'

« avec un tribunal permanent composé de juges publics, la désignation aléatoire de ses membres pour chaque cas, un tribunal d'appel permanent, un code de conduite exécutoire par le président de la Cour de Justice internationale, un article sur la préservation du droit à réglementer, nous n'avons pas tourné autour du pot, mais nous avons réalisé un changement de paradigme complet » S&D, 2016, p. 1)

Cependant, la pensée écologiste reste tout aussi mitigée sur le sujet. Le groupe des Verts par exemple, dénonce, comme le RCJ, l'inclusion de cette clause de règlement des différends entre investisseurs et État. Cette nouveauté, disent-ils, serait « antidémocratique » puisqu'elle est inaccessible aux citoyens et entreprises nationales, pense pour sa part la vice-présidente et porte-parole des Verts/Alliance Libre Européenne Ska Keller (Les Verts/ALE, 2016, p. 1).

« The Commission has proposed only procedural changes, for example, in the selection of judges. However, unilateral private actions against democratic decisions will still be possible, which jeopardises core democratic values. At the same time, unprecedented rights for foreign investors will be set in stone. The codification of the principle of investors' "legitimate expectations" gives investors the right to take action against any change in legislation. This flies in the face of democratic principles. [...] These proposals set up a parallel legal system - domestic companies will have to go to ordinary courts whilst foreign investors will go via a separate court. This is unfair and makes no sense given the EU and Canadian judicial systems already function adequately. Rejecting private arbitration courts must mean rejecting CETA. » (Les Verts/ALE, 2016, p. 1)

Pourtant, du côté de la société civile et des organisations syndicales, le Congrès du travail canadien (CTC), la voix nationale du mouvement syndical représentant 3,3 millions de travailleurs canadiens, et la Confédération européenne des syndicats, qui compte en son sein « 89 confédérations syndicales nationales réparties dans 39 pays ainsi que dix fédérations syndicales européennes », sont d'avis que « [l]es investisseurs étrangers ne peuvent bénéficier de privilèges spéciaux qui ne sont pas accordés aux investisseurs nationaux » (CES, 2013, p. 1; CTC, 2016, paragr. 2)., Ils pensent plutôt que le mécanisme ISDS devrait être supprimé pour que l'AECG puisse être « la référence absolue pour les accords commerciaux », a déclaré, dans une annonce conjointe, Hassan Yussuff, président du CTC (CTC, 2016, paragr. 6).

Quant à l'expérience de l'ALENA, il est clair qu'une série de poursuites opposant les investisseurs aux États ont fait ressortir les retombées que de tels accords peuvent avoir sur les politiques publiques et sur le droit des gouvernements à réglementer l'investissement étranger

sur leur territoire (Peterson, 2006). Mais ses défenseurs voient là plutôt un atout. L'expérience de l'ALENA a permis de mieux se préparer pour les différents enjeux à venir. Ceux-ci se disent même être rassurés par ce qui aurait pu arriver avec l'AECG. Grace à ces expériences, ils ont un aperçu de toutes les sortes de requêtes qui auraient pu se présenter avec le mécanisme ISDS et connaissent dorénavant son impact sur les différentes politiques (environnementales, sociales). : « Depuis, on a essayé d'en resserrer l'interprétation sans rouvrir le traité, mais aussi, on en a concocté une version améliorée, plus rapide, plus transparente et plus serrée, qu'on promet d'intégrer dans l'AECG », s'exclame Eric Desrosier, journaliste économique, dans l'actualité économique du journal *Le Devoir* (Desrosiers, 2013).

Au vu de ce qui précède, il est clair que le Canada et l'UE affirment dans cet accord leur intérêt pour les objectifs de développement durable ainsi que celui du droit pour les gouvernements de réglementer et de poursuivre leurs objectifs légitimes de politique publique, et cela en parallèle avec leurs objectifs commerciaux. Cela signifie que, dans le cadre de cet accord économique et global et son mécanisme ISDS, « les investissements et les échanges ne devraient pas se développer aux dépens de l'environnement, mais plutôt encourager le soutien mutuel entre la croissance économique, le développement social et la protection environnementale » (European Commission, 2013b, paragr. 5). Son ancien président, José Manuel Barroso avait précisé, dans ce sens, en disant que : « Nous savons que parfois, des inquiétudes sont exprimées en Europe sur le fait que le commerce et la libéralisation pourraient baisser les standards dans différents domaines. Ce n'est pas du tout le cas avec cette étape historique » (Barroso, 2013, paragr. 15).

Alors, devrait-on se fier aux arguments soulevés dans cette controverse, des arguments qui n'accordent pas beaucoup d'attention aux détails de l'AECG lui-même ?

La réponse à cette question exige un examen minutieux des éléments les plus préoccupants du mécanisme ISDS de l'AECG, à savoir : les délais accordés dans la résolution des différends, la clause sur le TJE, la clause sur TN, la clause sur l'expropriation « directe », les différences flagrantes avec l'ALENA, ainsi que les autres éléments nouveaux de cet accord qui font de lui l'accord de « nouvelle génération » capable d'accorder le droit aux gouvernements de poursuivre leurs objectifs de politiques publiques et le développement durable en particulier.

Au chapitre suivant, nous examinons la façon dont certaines de ces préoccupations ont été traitées dans le cadre de l'AECG.

ANALYSE DU CHAPITRE DE L'ISDS DE L'AECG

Contrairement aux autres AII incluant le mécanisme ISDS, l'AECG prévoit plusieurs mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États parmi lesquels se trouvent notamment : le mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement direct étranger (Chapitre 8), de développement durable (Chapitre 22) et d'environnement (Chapitre 24) auxquels s'ajoute un mécanisme général de règlement des différends, incluant les services financiers par exemple (Chapitre 29).

Concrètement, le mécanisme ISDS résout les problèmes liés à l'application des dispositions et à l'interprétation de celles-ci. Or, ayant pu observer que ce mécanisme contribuait à rééditer l'ordre juridique actuel en faveur des investisseurs étrangers, tel qu'il a été au début de cette étude, il convient ici d'analyser son impact potentiel sur l'environnement dans le cadre de l'AECG, en considérant le droit des États membres d'adopter des politiques publiques légitimes d'intérêt commun.

Ce faisant, nous analyserons les procédures et les dispositions retenues dans chacun des domaines mentionnés plus haut en fonction de leur similarité. Nous présenterons donc en premier lieu le chapitre sur le mécanisme de règlement de différends en matière d'investissement, et second lieu, nous présenterons les chapitres sur le développement durable et l'environnement ensemble.

Le chapitre 8 de l'AECG fait référence à l'investissement. Son objectif est de promouvoir le commerce international au moyen de dispositions qui s'appliquent à l'ensemble des mesures prises par une partie sur son territoire par rapport à un investisseur d'une autre partie et à ses investissements (Art.8.2.1).

GESTION DU LITIGE

En matière d'investissement, le Canada et l'UE affirment leur intention de régler les litiges à l'amiable. La gestion des litiges commence donc par une voie non juridique, par le biais de négociations dans un cadre de consultation ou de médiations, dans les jours 60 suivant la date de soumission de la demande pour consultation (Art. 8.19.1). Le cas échéant, l'article 8.21 autorise les parties à recourir à l'arbitrage après les 90 jours qui suivront l'invitation à un recours non juridique. La partie demanderesse devra alors suivre une série d'exigences avant qu'un tribunal puisse se constituer.

À ce niveau, l'article 8.21 semble avoir l'effet d'encourager le recours à l'amiable. L'ensemble des procédures à suivre avant la composition d'un tribunal a de surcroît pour effet de restreindre les recours juridique des parties, ce qui semble aussi agir comme garde-fou à la fois pour l'arbitrage et pour les parties au différend. Ceci se traduit par toutes les exigences procédurales requises du demandeur avant qu'un tribunal d'arbitrage puisse être composé pour un recours juridictionnel. Le chapitre 8 regorge de procédures à suivre avant qu'un organe arbitrage soit composé. Ces exigences vont de l'invitation à consulter jusqu'à la présentation de la composition des membres arbitres. Elles sont assez nombreuses et s'étalent sur de longues périodes de temps. Il s'agit notamment de :

- la procédure de désignation de la partie visée par la plainte en cas de différends avec l'Union européenne ou ses États membres (Article 8.21);
- les exigences procédurales et autres relatives à la présentation d'une plainte à l'arbitrage dans lesquelles l'investisseur doit remplir toute une série de conditions telles que laisser passer « au moins 180 jours à partir de la date à laquelle il a déposé la demande de consultations » avant d'envisager de soumettre une plainte à l'arbitrage si les autres sept conditions sont remplies (Article 8.22).
- le processus de présentation d'une plainte à l'arbitrage (Art. 8.23)
- la procédure à suivre sous d'autres accords internationaux (Article 8.24)
- la procédure pour consentir à un règlement de différend par l'arbitrage (Article 8.25)
- la procédure pour trouver une troisième partie (Third Party) (Article 8.26)
- enfin la procédure de constitution du tribunal (Art. 8.27)

Concrètement, un investisseur ou un État dont la demande de consultation pour le règlement d'un différend à l'amiable se solde par un échec devra non seulement attendre plus de 90 jours avant de pouvoir déposer un avis pour un recours à l'arbitrage mais aussi être admissible pour ce recours-là. L'admissibilité est déterminée à travers toute une série de conditions dérivant de ces procédures, d'autant plus que, une fois que la procédure de règlement a été engagée, une partie ne peut demander réparation pour un préjudice subi « substantiellement équivalente dans l'autre accord devant l'autre instance, à moins que l'instance choisie, pour des raisons de procédure ou de compétence autres que la cessation des travaux prévue à l'alinéa 20 de l'annexe 9-A, omette de se prononcer sur cette demande » (Art. 29.3.2).

Notons ici que le chapitre général sur le règlement des différends « s'applique à tout différend portant sur l'interprétation ou l'application des dispositions du présent accord », en vertu de l'article 29.2 parmi lesquelles figure l'article 29.3.2- *Choix de l'instance*.

Si ces observations s'avèrent fondées, alors, dans le cadre des investissements, la partie demanderesse, limitée à une seule instance, devra patienter au moins trois mois avant de pouvoir soumettre une demande pour un recours à l'arbitrage et suivre toute une procédure. Ces dispositions semblent régler une partie du problème de gestion des litiges. Rappelons en effet à cet égard que l'un des problèmes du mécanisme ISDS était que les procédures de gestion des litiges n'étaient pas respectées, ce qui conduisait à de longs délais sur lesquels les tribunaux constitués seulement de trois membres n'avaient plus le contrôle. Par conséquent, les investisseurs étrangers étaient capables de contourner le système pour échapper aux sentences qui ne les arrangeaient pas. Cette édification leur offrait en suite la possibilité, dans une certaine mesure, de dicter aux États des choix législatifs et des politiques qui leur convenaient.

Autrement dit, les exigences procédurales de ce chapitre, par le fait qu'elles assurent une certaine uniformité au niveau des requêtes, favorisent un meilleur contrôle des procédures, ce qui limitera les contournements du système. De plus, le volet substantif du contenu des dispositions, pourrait avoir l'effet de décourager les parties dont les plaintes sont non fondées. L'AECG semble avoir pris mieux pris le contrôle sur les procédures de gestions de litiges dans le domaine de l'investissement que les autres AII.

Autre fait important, l'instance arbitrale proposée au chapitre 8 est dorénavant constituée de 15 membres chargés d'interpréter et de faire appliquer l'accord. Ils sont nommés par l'UE et le Canada : 5 venant de l'UE, 5 autres du Canada et les 5 derniers d'un pays tiers (art. 8.27.2). Ces membres, nommés pour 5 ans renouvelables statueront en groupe de trois dont chacun sera composé d'un membre du Canada, de l'UE et d'un ressortissant d'un tiers pays qui présidera la division du tribunal de trois membres (Art. 27.6).

Ensuite, dans les 90 jours suivant la présentation de la demande, le président du tribunal nomme les membres du Tribunal saisi de l'affaire sur la base d'une rotation, en veillant à ce que la composition du trio soit aléatoire et imprévisible, tout en donnant des chances égales à tous les membres (Art. 8.27.8). Outre cette structure juridictionnelle, l'AECG a également prévu un tribunal d'appel, susceptible d'être saisi pour différents motifs clairement formulés à l'article 8.28.2.

L'article 8.28 impose, comme pour le tribunal permanent, une sélection aléatoire des membres de ce tribunal d'appel, que la partie demanderesse pourra saisir dans un délai de 90 jours à compter de la date de la sentence (Art. 8.28.3; 8.28.9).

On se croirait ainsi dans un jeu de loterie où personne ne sait à l'avance à quel jeu il jouera. L'utilisation des termes tels qu'« aléatoire »; « rotation »; « chance égale »; « imprévisible », etc., laisse entendre que toutes les situations seront dominées par le hasard. Par conséquent, le caractère imprévisible qu'offre ce nouveau processus d'arbitrage sera à l'abri de certaines manipulations. Les parties qui voudraient édifier un système juridictionnel pour servir leurs propres politiques et choix législatifs devraient difficilement parvenir à leur fin.

Au-delà de cette structure innovante, l'AECG introduit également des règles en matière de transparence (Article 8.36) : « tous les documents (observations présentées par les parties, décisions du tribunal) seront publiquement disponibles sur un site web des Nations unies qui sera financé par l'UE. Toutes les audiences seront publiques. Les parties intéressées (ONG, syndicats) pourront également présenter des observations » (European Commission, 2016, p. 13). Avec ces autres innovations, les parties ont certainement exprimé leur désir d'« éliminer le risque de procédures multiples et de donner aux parties à l'AECG davantage de contrôle sur la

manière dont le traité est interprété », qui était également des sujet à controverse (European Commission, 2016, p. 13).

Cette conception de l'arbitrage se distingue ainsi considérablement de celles des précédents accords d'investissement, tels que mis à jour dans le chapitre précédent. En créant un système juridictionnel indépendant, où personne ne pourra savoir d'avance qui siègera à titre d'arbitre, les négociateurs de l'accord se sont assurés de conduire les procédures d'arbitrage dans un cadre de transparence et d'impartialité. Les chances devant le tribunal d'arbitral sont dorénavant égales pour l'investisseur et pour l'État. Aucune des parties ne sera plus avantagée que l'autre.

Dès lors, ce système juridictionnel semble mieux répondre aux préoccupations du public. Les problèmes de longueur des délais et d'absence de garantie de transparence qui permettaient aux investisseurs de prendre l'avantage sur les États et de leur dicter leur politique et législation semblent résolus. Les dispositions de ce chapitre devraient empêcher que le sort des politiques publiques soit laissé aux seules mains de trois arbitres.

DISPOSITIONS SUR L'EXPROPRIATION

Comme nous l'avons soulevé dans le chapitre 2 de la présente étude, le problème de la clause sur l'expropriation en vertu du mécanisme ISDS était le caractère ambigu de ses termes, qui donnaient lieu à des interprétations abusives pouvant favoriser les investisseurs face à des politiques pourtant légitimes d'intérêt public.

Dans l'AECG, la disposition sur l'expropriation du chapitre 8 se substitue intégralement à celle de l'article 1105 contenu au chapitre 11 de l'ALENA, à la différence notoire qu'elle s'interprète conformément à l'annexe 8-A qui porte sur la clarification de l'expropriation

indirecte. Dans cette annexe, se trouve la définition des situations constitutives d'une expropriation « directe » et d'une expropriation « indirecte » :

- a) une expropriation directe se produit lorsqu'un investissement est nationalisé ou exproprié ou directement exproprié d'une autre façon, par le transfert officiel du titre ou la saisie définitive ;
- b) une expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures prises par une Partie et ayant un effet équivalent à celui d'une expropriation directe, en ce sens qu'il prive de façon substantielle l'investisseur des droits fondamentaux de propriété associés à son investissement, y compris le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, et ce, sans transfert officiel de titres ni saisie définitive. (Annexe 8-A.1(a) et (b))

Quant à définir ce qu'est une « mesure » ou une « série de mesures » prise par une partie dans le cadre d'une expropriation indirecte, il est prévu des enquêtes factuelles au cas par cas sur notamment leurs effets économiques, leur durée, leur nature ou encore l'étendue de l'atteinte portée (Annexe 8-A.2, para. (a), (b), (c) et (d))

Il s'agit là d'une différence notable par rapport aux précédents accords en lien avec le mécanisme ISDS. La disposition s'assure ici que les mesures prises par un État membre à l'accord, – que ce soit le Canada, l'UE ou un État membre de l'UE – ne soient considérées comme étant une expropriation ou équivalente à une expropriation que lorsqu'elles sont manifestement excessives, et ont l'effet d'une expropriation directe. En d'autres termes, l'autre partie, c'est-à-dire l'investisseur étranger, devra avoir perdu de façon substantielle ses droits sur ses avoirs pour que les mesures étatiques puissent être considérées comme une expropriation indirecte. Ce peut être par exemple le cas quand l'investisseur perd le droit d'utiliser ses avoirs.

De cette façon, le Canada disposera comme l'UE ou tout État membre de l'UE d'une marge de manœuvre plus flexible pour mettre en œuvre des mesures non discriminatoires dans

un but légitime d'intérêt public en matière d'environnement ou de santé sans que cela ne soit considéré comme étant une mesure contraignante pour les investisseurs de l'autre partie.

Cependant, la formulation retenue à l'Annexe 8-A.2 pour définir les éléments constitutifs d'une « mesure » ou d'une « série de mesures » prise par une partie semblent plutôt évasive. En effet, les textes de l'accord laisseraient penser que ce qui constitue une « mesure » ou une « série de mesures » découlerait d'une interprétation factuelle de la part des membres de l'arbitrage, de surcroît « au cas par cas ». Pourtant, les expériences passées ont prouvé que le manque de clarté et de précision sur des éléments pertinents dans la détermination d'une situation de conflit ont un impact sur les politiques publiques. Or, dans cette disposition, les textes restent assez vagues sur la définition de ces termes. Il n'apparaît nulle part une définition concrète de ce que ces termes pourraient inclure.

Dans un contexte comme celui-ci, où la règle du précédent n'existe pas, pour éviter de futures représailles et garantir que les premiers cas seront ceux qui prélèveront dans le futur, il serait très important que les parties à l'accord soient plus précises. Elles pourraient, par exemple, dresser une liste exhaustive, en fonction des expériences avec les précédents accords, de ce que pourrait être ces mesures et ces séries de mesures prises par un État partie. Par conséquent, il est clair que ce manque de précision et de clarté laisse une porte ouverte à des interprétations diverses pouvant donner lieu, encore une fois, à des abus pouvant favoriser les investisseurs lors des recours contre les politiques d'intérêt public.

Quand bien même que l'annexe se termine avec une disposition spécifique visant à reconnaître le droit des États et stipule explicitement qu'appliquer des politiques légitimes d'intérêt public incluant la protection de l'environnement, par exemple, ne pourrait être une

violation, elle ne saurait être suffisante pour empêcher d'autres abus (Annexe 8-A.3). Si la disposition sur l'expropriation indirecte n'éclaire pas davantage ou ne donne pas plus de précision sur les termes « mesure » et « série de mesures » prise par une partie, le mécanisme ISDS remettra une fois de plus en cause le droit souverain des États de réglementer, d'autant plus que les signataires de l'accord n'ont pas pu donner également de directive à suivre pour que, lorsque des cas similaires avec des faits identiques se présentent, le tribunal ou encore le Comité de l'AECG puissent parvenir à des résultats identiques. Cela pourrait limiter les abus déjà soulevés par le public.

De plus, les directives données par l'article 8.31 relatif aux lois applicables et interprétations ne limitent guère les interprétations abusives. Elles ne suffisent pas pour cadrer les éléments constitutifs des situations d'expropriation en violation du droit. L'article fait comprendre tout simplement que le tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une « mesure » pouvant constituer une violation de l'Accord, mais qu'il peut toutefois se référer au droit interne du défendeur comme question de fait. Le cas échéant, le tribunal devra suivre les interprétations dominantes relevées dans le droit interne de la partie défenderesse par les cours ou les autorités locales et pour des cas très sérieux, relativement à « des questions d'interprétation susceptibles d'avoir une incidence sur les investissements, le Comité des services et de l'investissement peut, en vertu du sous-alinéa 8.44.3(a), recommander au Comité de l'AECG d'adopter une interprétation de l'Accord. » (Art. 8.31.2; Art. 8.31.3). Fort heureusement, l'accord semble avoir donné au Comité de l'AECG un droit de regard sur les interprétations contraignantes du litige, lequel pourrait jouer le rôle de garde-fou pour les arbitres mais également mener à un contournement de la démocratie par les membres les plus influents (Art. 8.31.3).

En d'autres termes, la formulation retenue à l'annexe 8-A.2 ne semble pas régler l'ensemble des situations problématiques soulevées contre la disposition sur l'expropriation. L'interprétation des concepts d'importance capitale pour étayer la nature d'un litige est laissée à la discrétion de personnes susceptibles d'être manipulées.

Toutefois, force est de reconnaître que la clause sur l'expropriation indirecte considère le droit des États de réglementer « dans l'intérêt du public ». Les signataires de l'accord ont tenu compte des critiques soulevées par le public et ont su y remédier complètement. Par conséquent, les mesures légitimes visant la protection de l'environnement pourront être établies sans trop d'encombre par des États qui disposent dorénavant de la marge de manœuvre nécessaire à cet effet. Rappelons ici que certains observateurs ont souhaité la prise en considération dans la résolution des différends de « la nature » des mesures, de leurs « effets économiques » sur l'investissement et de la déception des « attentes définies et raisonnables fondées sur l'investissement » (Peterson, 2006, p. 11). Bien qu'il existe ici aussi certaines ambiguïtés dans les textes pouvant ouvrir la porte à de nouveaux problèmes auxquels il faudrait nécessairement remédier, les membres de l'arbitrage respecteront néanmoins une certaine discipline. La disposition actuelle est nettement meilleure que les précédentes.

DISPOSITIONS SUR LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE

Dans l'AECG, l'article 8.10 - *Traitement des investisseurs et des investissements visés* fait référence au traitement juste et équitable, ou TJE. Tout comme l'Article 1105.1 sur la *Norme minimale de traitement* retenu au chapitre 11 de l'ALENA, cet article vise toujours la protection des parties de l'Accord contre d'éventuelles discriminations vis-à-vis des investisseurs étrangers et de leurs investissements : « Chacune des Parties accorde aux investissements visés effectués

par l'autre Partie, sur son territoire, et aux investisseurs ayant effectué des investissements visés, un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales conformes aux paragraphes 2 à 6. »

Cet article se démarque de ses prédécesseurs lorsqu'il inclut d'autres dispositions auxquelles doivent se conformer les parties de l'accord. Tout d'abord, les négociateurs de l'AECG ouvrent cette section D visant la protection des investisseurs avec une clause qui confirme le droit pour les États de légiférer en faveur de l'intérêt public, notamment en matière d'environnement (Art. 8.9.1). Ensuite, les parties poursuivent la section avec une disposition qui confirme que « pour plus de certitude, le simple fait qu'une Partie réglemente, notamment par le biais d'une modification de ses lois, d'une manière qui affecte négativement un investissement ou interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de bénéfices, ne constituerait pas une violation d'une obligation en vertu du présent article » (Art. 8.9.2). Le simple fait que la disposition débute avec « pour plus de certitude » dénonce la nécessité pour les parties de vouloir mettre les choses à la claire.

Concrètement, cette session intitulé *protection des investisseurs* semble signifier qu'en plus de protéger les investisseurs, les dispositions protègent également le droit pour les États d'appliquer leurs lois et politiques publiques sans crainte d'être poursuivis par les investisseurs étrangers, car de telles mesures ne constituent plus dorénavant une violation comme cela a été le cas avec les autres AII. Certaines décisions donnent l'impression que l'AECG a dévié le principe selon lequel l'intention du gouvernement est moins importante que l'impact réel de la mesure

Par ailleurs, dans l'un des paragraphes de l'article sur le traitement des investisseurs figure une liste exhaustive des éléments qui pourraient représenter une violation. Il s'agit

notamment du déni de justice dans le cadre de procédures pénales, civiles ou administratives ; de la violation fondamentale de la légalité, y compris de l'obligation de transparence, dans des procédures judiciaires et administratives, des situations d'arbitraire manifeste, pour ne citer que ceux-là.

Ce paragraphe semble mieux définir les situations qui constituent une violation dans les litiges et contribue également à laisser aux États parties à l'accord un plus grand champ d'application de politique publique par rapport à ce dont certains États disposaient dans les précédents accords tels que l'ALENA. Dorénavant, les membres de l'arbitrage ne pourront parler de violation de l'obligation de TJE que lorsque la situation correspond aux cas de figures spécifiés dans cet article.

Par ailleurs, les textes de l'accord laissent entendre que la mention des attentes légitimes doit être considérée non plus comme un facteur distinct mais plutôt comme un indicateur d'une situation de violation des obligations (European Commission, 2016). Autrement dit, non seulement cet article fournit aux parties à l'accord une idée claire et précise des éléments constitutifs d'une violation afin de leur permettre de mieux orienter leurs politiques publiques légitimes, mais en plus elle ne laisse pas de marge d'appréciation non souhaitée de la part des membres du tribunal qui sont le plus souvent sujet à des manipulations ou encore des interprétations abusives. Si cette marge d'appréciation non souhaitée existe, elle ne saurait être contraignante pour les États, puisque ces derniers pourraient dorénavant prendre en considération certains facteurs lorsqu'ils envisagent de légiférer dans l'intérêt du public.

Alors, le Canada et l'UE semblent avoir fourni aux tribunaux « des lignes directrices claires afin d'éviter des interprétations trop larges » qui peuvent avoir l'effet d'abroger leurs

objectifs légitimes de politiques publiques dans des domaines tels que la protection de l'environnement ou de la santé publique (Gauthier, 2016, para.4.4). Les États signataires de l'AECG savent dorénavant à quoi s'en tenir.

Rappelons que le problème de cet accord était celui de l'interprétation abusive des termes de cette disposition. Les critiques soutenaient que le TJE donnait la latitude aux tribunaux d'arbitrage d'interpréter à leur guise les éléments constitutifs d'une violation et que cela ouvrait par conséquent la porte à une série d'abus conduisant à niveler les politiques légitimes d'intérêt public par le bas.

Donc, compte tenu des précisions formulées dans cette article, il semble évident que les textes de l'AECG ont été rédigés de façon à circonscrire les différentes situations qui pourraient conduire à édifier un système juridique où les investisseurs dicteraient leurs choix législatifs et politiques aux États désireux de développer leur économie.

TRAITEMENT NATIONAL

Sous la section C des textes de l'accord, la disposition sur le traitement national (TN) s'assure que chacune des parties de l'accord fournit à l'investisseur originaire de l'autre partie, et aux investissements visés, un traitement égal à celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs et investissements dans des situations similaires (Art. 8.6).

Ce qu'on remarque dans cet accord, c'est que, *à priori*, cette disposition reprend textuellement les textes de certains accords plus anciens tels que l'ALENA (art. 1102). Cela veut dire que lorsque les parties précisent qu'il ne peut y avoir discrimination entre les investisseurs d'une partie et ceux de l'autre partie, elles sous-entendent également que l'UE ou le Canada ne

peuvent avantager leurs propres investisseurs sans toutefois accorder le même traitement aux investisseurs de l'autre partie.

Rappelons que la controverse sur le sujet, au-delà de la capacité des États à adopter des politiques publiques, portait également sur le fait que cette disposition constituerait un frein pour l'économie locale, en encadrant les politiques de soutien aux investisseurs nationaux. Les États ne pourraient pas mener de telles politiques sans qu'elles soient considérées comme discriminatoires vis-à-vis des investisseurs ou investissements de l'autre partie.

Ainsi, en concevant les mêmes dispositions contenues dans les accords précédents, lesquelles ont eu des effets négatifs sur les États, les négociateurs de l'AECG semblent vouloir rechercher les mêmes résultats. Alors, dans le cadre de l'AECG, les parties ont échoué à faire une certaine distinction entre les investissements intérieurs et les investissements étrangers. Il aurait été plus efficace pour les parties à l'accord et pour les politiques environnementales, que l'UE et le Canada incluent également, sous cette section, des dispositions visant à promouvoir les industries locales aux moyens de subventions ou de règles sur le contenu local visant à favoriser les liens entre les investisseurs étrangers et l'économie du pays d'accueil (Peterson, 2006). Cela aurait été d'autant plus utile que certains secteurs, comme celui de l'écologie, subissent davantage les effets de ce mécanisme ISDS que d'autres (cf. chapitre II de la présente étude).

Quand bien même les autres dispositions de l'accord (Article 8.10) permettraient aux parties de réaffirmer leur droit de réglementer sans considération pour les investisseurs étrangers, l'application des mesures étatiques sur les investisseurs nationaux ne mettrait pas l'État, complètement, à l'abri des traitements non discriminatoires.

Succinctement, la disposition sur le traitement national de l’AECG ne répond pas tout à fait à l’une des préoccupations soulevées par le grand public dans ce domaine. Toutefois, tels qu’il l’a été démontré dans les sections précédentes de la présente étude, les autres dispositions de cet accord se sont chargées de répondre à la préoccupation majeure que soulevait le mécanisme ISDS.

AUTRES DISPOSITIONS CONTENUES AUX CHAPITRES 8 ET AUTRES PREOCCUPATIONS DU PUBLIC

Il a été souligné dans la section sur la tendance des litiges et dans celle sur la nature des relations investisseurs- États que les montants importants versés au titre de dommages et intérêts étaient aussi problématiques pour les États, car ils pouvaient avoir pour effet de dissuader les États d’édicter de nouveaux règlements.

Cependant, dans le cadre de cet accord, le Canada et l’UE ont inclus une clause pour l’indemnisation des pertes subies par la partie lésée (Art. 8.11). Cette clause stipule que chacune des parties doit accorder un dédommagement, une indemnisation ou d’autres formes de règlement, à l’investisseur de l’autre partie dont l’investissement visé a subi des pertes sans regard pour les exceptions et les réserves contenues à l’article 8.15.5(b) de l’accord (Art. 8.11 para 1). À aucun moment, l’article ne limite cette responsabilité financière découlant des poursuites par des investisseurs. Au contraire, le chapitre sur l’investissement prévoit que le montant des compensations est versé en concurrence des pertes de la partie lésée. Il est important de préciser ici que l’article sur l’indemnisation des pertes (en anglais *Compensation for losses*) ne contient qu’un seul paragraphe. Le paragraphe 2 sous *expropriation*, article 8.12, stipule que, la compensation doit correspondre « à la juste valeur marchande qu’avait l’investissement exproprié immédiatement avant que l’expropriation ou que l’imminence de l’expropriation ne

devienne publique, selon la première éventualité » et le paragraphe 3 précise que « L'indemnité comprend également des intérêts calculés à un taux commercial régulier, de la date de l'expropriation jusqu'à la date de paiement, et, pour être exécutoire aux fins de l'investisseur, est payable et rendue transférable promptement au pays désigné par l'investisseur, et dans la devise du pays dont l'investisseur est ressortissant, ou dans toute devise librement convertible acceptée par l'investisseur ». Cela signifie qu'un investisseur dont les avoirs sont évalués à des milliards de dollars, sans compter les intérêts calculés au taux commercial, les frais d'arbitrages, les honoraires et autres dépenses en lien avec le contentieux, les compensations, équivalentes aux propriétés de cet investisseur, seraient aux dépens de l'État, ce qui revient à inciter ce dernier à continuer à abroger ses politiques.

Le Canada et l'UE ne prévoient donc aucune disposition permettant d'éviter ce « gel réglementaire » dû à la responsabilité financière. Pourtant, introduire dans les textes des dispositions visant à encourager ou à promouvoir la mise en place de nouveaux règlements dans certains domaines, par exemple en matière de protection environnementale ou de sécurité publique, aurait certainement fait une autre différence et aurait également permis de répondre à la préoccupation soulevée dans les débats publics sur le sujet. Instaurer par exemple un plafond sur les compensations pour pertes aurait peut-être permis aux parties à l'accord de mieux prendre en considération ce facteur lorsque vient le moment de légiférer ou encore d'adopter des politiques publiques dans certains domaines bien précis, dont l'environnement.

DISPOSITIONS ET PROCEDURES RETENUES POUR REGLER LES DIFFERENDS DANS LE DOMAINE DE L'ENVIRONNEMENT

D'entrée de jeu, il est important de rappeler que les questions environnementales ont été, pendant très longtemps négligées dans les AII. Certains textes d'accords ne les abordent que sous

la forme de clauses d'exception, permettant ainsi de les exclure des obligations générales en matière de commerce dérivant de cet accord et parfois même, elles sont loin d'être explicites. Quand ces questions sont intégrées dans les accords, elles sont fondées sur les articles XX et XXI du GATT. Ses négociateurs craignent ainsi que ces dispositions environnementales ne créent pas d'obstacles au commerce international. C'est d'ailleurs pour ces raisons que le mécanisme ISDS de règlement des différends contenu dans ces accords a eu essentiellement pour effet de restreindre le droit des gouvernements de légiférer pour le bien commun surtout en ce qui concerne l'environnement. Les politiques étatiques faisaient entrave aux investissements et aux investisseurs étrangers.

Aujourd'hui, le Canada et l'UE ont cru bon de prendre en considération dans les textes de l'AECG les questions environnementales afin de parvenir à un compromis. D'emblée, l'AECG a consacré un chapitre complet à ce sujet et un chapitre portant sur le développement durable, qui possède un mécanisme de règlement des différends et des objectifs généraux quasi similaires pour traiter les questions environnementales. La présence de ces deux chapitres témoigne d'une façon plus générale de l'engagement des parties à assurer un niveau élevé de protection de l'environnement.

Au chapitre de l'environnement (Chapitre 24), pour plus de clarté, les parties donnent une définition claire et précise de « lois relatives à l'environnement » (Art. 24.1). Cette précision permet sans aucun doute d'étayer les situations constituant une violation des obligations pour mieux gérer les litiges autant pour les membres du Conseil de l'AECG que pour les membres de l'arbitrage.

Ensuite, les parties réaffirment leur engagement pour le traitement des questions environnementales, dans les deux chapitres, à travers l'article 24.2 et l'Article 22.1 - *Contexte et objectifs*. Dans ces articles, les parties expriment également leur volonté politique exemplaire de parvenir à un compromis entre l'environnement « pilier fondamentale du développement durable » et le commerce (Art 24.2, Art. 22.3). Les textes disent que « le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement sont interdépendants et forment des composantes du développement durable qui se renforcent mutuellement ». Ensuite, ils précisent que les parties « réaffirment leur volonté de promouvoir l'expansion du commerce international d'une manière qui contribue au développement durable pour assurer le bien-être des générations d'aujourd'hui et de demain » (Art. 22.1),

Comme autre différence notable, l'UE et le Canada reconnaissent le problème qui pourrait exister entre l'accord et la question environnementale. Ils reconnaissent tout simplement le droit qu'ils ont en tant qu'État de mettre en place et de modifier, comme bon leur semble, des politiques qui protègent l'environnement sur leur territoire et l'importance de faire cela. L'utilisation des termes « assurent un niveau élevé de protection » ou encore « continuer à améliorer ces lois » démontre l'importance de ce droit. Ils identifient clairement le problème et proposent la solution pour le résoudre. Les textes prévoient ce qui suit :

« Reconnaissant le droit de chaque Partie d'établir ses propres priorités environnementales et niveaux de protection de l'environnement sur son territoire ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois et politiques en matière d'environnement, conformément au présent accord et aux accords multilatéraux sur l'environnement dont elle est signataire. Chacune des Parties veillent à ce que leurs lois et politiques assurent un niveau élevé de protection de l'environnement et s'efforcent de continuer à améliorer ces lois et politiques de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent » Article 24.3.

Autrement dit, tout investisseur étranger qui verrait ses profits diminuer après la mise en place d'une politique environnementale, n'aurait pas à se plaindre dans le cadre de cet accord étant donné que la mesure environnementale ne peut plus constituer une violation des obligations et que dorénavant les États possèdent les pleins pouvoirs de légiférer dans ce sens. On notera en outre que l'AECG encourage les États à légiférer pour améliorer l'environnement.

Outre cela, tout au long de ce chapitre, les textes proposent également, pour les parties, d'autres pistes visant à favoriser l'interaction entre le commerce et l'environnement de façon à ce que chacun y trouve son compte. Les dispositions qui suivent relèvent en effet les particularités suivantes :

- Les parties ont la garantie d'un niveau de protection élevé, autant pour l'environnement que pour le l'investissement (Article 24.5);
- Elles ont également la possibilité de faire intervenir les autorités locales pour s'assurer d'une garantie procédurale pour les lois relatives à l'environnement sans qu'il y ait un conflit entre le droit interne et le droit international (Article. 24.6.1 para. (a));
- Les textes offrent aussi la possibilité d'encourager les débats publics pour plus de transparence et de clarté sur les lois et les règlements relatifs à l'environnement (Art. 24.7; Art. 22.2);
- Les textes promeuvent les échanges de biens et de services environnementaux (Art. 24.9.1);

Tels sont les points forts de ce chapitre qui s'alignent en faveur des politiques environnementales et de la légitimité qui est accordée aux États dans ce contexte environnemental. Concrètement, cela signifie que l'accord ne protège plus dorénavant uniquement les investisseurs, l'accord protège également l'environnement et l'État. Les

investisseurs ne sont plus les seuls centres d'intérêt de cet accord économique et commercial global, l'environnement également est devenu un centre d'intérêt et il est marqué par un « niveau de protection élevé » par rapport à l'investisseur. On pourrait s'hasarder à dire l'environnement a une plus grande faveur marquée pour cet accord et le mécanisme contenu au chapitre de l'environnement que l'investisseur. Cependant, il reste encore à voir si dans la pratique l'environnement aura autant de considération.

En ce qui concerne le mode de règlement des différends contenu dans ces chapitres, un mécanisme spécial, fondé sur la coopération entre État, est offert aux parties de l'Accord. En pratique, ceci veut dire les investisseurs étrangers pourront de nouveau se référer au prêt de leur État pour régler certaines questions environnementales. Donc au niveau au chapitre de l'environnement, il s'agira pratiquement d'un mécanisme de règlement de différends entre État et État par le biais d'une coopération. Les textes semblent dire aussi que le Canada et l'UE, en cas de désaccord des parties, devront s'entendre avant tout sur les initiatives, les actions, ainsi que les mesures à prendre visant à favoriser le développement durable et la protection environnementale. Les parties à l'accord devront aussi s'assurer de pratiquer des politiques commerciales et économiques de façon à ce que, plutôt que de nuire à l'environnement, elles contribuent à renforcer la protection environnementale.

Ensuite, le mécanisme fournit aux parties une méthode de résolution des conflits à l'amiable. Comme cadre de règlement des différends, celles-ci ont la possibilité d'engager une consultation dans de brefs délais après la soumission de la demande pour consultation. Les textes semblent dire aussi qu'elles peuvent demander une consultation sur toute autre question relative aux dispositions contenues au chapitre de l'environnement. Quant aux désaccords sur les questions environnementales, les textes prévoient un mécanisme de réexamen par le groupe

d'experts indépendants composé de trois membres (Art. 24.14; Art. 24.15; Art. 22.3, Art 24.15.3). Une partie peut demander la constitution d'un groupe d'experts dans les 90 jours qui suivent la demande de consultation. Ceux-ci, sélectionnés par les parties, soumettront dans les 120 jours suivant la désignation du premier membre leur rapport provisoire et leur rapport final sur les conclusions de fait et des conclusions de conformité aux obligations (Art. 24.15.10). Avant cela, le groupe devra recueillir auprès des organismes responsables de l'accord des avis et informations pertinents, tels que l'interprétation et les conclusions pertinentes, conformément à la règle de procédure N°42 énoncée à l'annexe 9-A des règlements des différends (Art. 24.15.9). Dans la mesure où l'une d'entre elles ne se serait pas conformée aux obligations, les parties sont invitées à discuter sur une mesure appropriée ou à se prononcer sur une solution mutuellement satisfaisante (Art. 24.15.11). Les textes prévoient également, par souci de transparence, que les parties organisent un forum de la société civile qui se réunira annuellement pour discuter des aspects de cet accord qui touchent le développement durable. (Art. 22.5); Qu'est-ce que cela signifie en pratique ?

Concrètement, en reconnaissant le droit pour les États de réglementer, en encourageant les pratiques d'investissement soutenant des objectifs de développement durable, en impliquant les autorités internes pour une garantie procédurale, en encourageant les débats publics avec les acteurs étatiques et en formulant les dispositions de façon à placer les questions environnementales en priorité, l'AECG a placé les questions environnementales en priorité. Les politiques environnementales, doivent être appliquées sans égard pour les investisseurs. Ceux qui se sentiraient lésés devront traiter le problème à l'amiable. Contrairement aux autres mécanismes de l'accord, les parties n'auront pas accès à des cour d'arbitrage pour régler le différend. Elles devront mutuellement trouver une solution satisfaisante. Quand un différend survient entre

l'environnement et le commerce, et que les parties se sont conformées aux obligations de l'accord, c'est celui de l'environnement qui prévaut sur le commerce. Si l'une des parties n'est pas satisfaite, les solutions sont recherchées dans un cadre amical par le biais d'une consultation. Sinon, après la décision du groupe d'experts, les parties sont invitées à rechercher une solution mutuellement satisfaisante en gardant en tête l'idée que les mesures à prendre doivent favoriser le développement durable. Il s'agit là tout simplement d'une réelle intégration des considérations environnementales dans le système commercial. Les parties semblent avoir placé les deux sphères, environnement et échanges commerciaux, dorénavant sur un même pied d'égalité.

Autrement dit, l'AECG intègre les standards de proportionnalité où chacun trouve son compte. Les États désireux de poursuivre leurs objectifs légitimes en matière d'environnement pourront dorénavant s'y mettre sans tractation. L'AECG a démontré ici des ambitions sérieuses pour le traitement des questions environnementales tout en favorisant l'objectif global de développement durable et l'objectif d'investissement. Les négociateurs de l'accord ont dressé des standards élevés pour renforcer la légitimité de l'État de réglementer en matière environnementale.

DELIMITATION DES CONTEXTES, LIMITES DE L'ISDS ET RECOMMANDATIONS

LE DROIT DE REGLEMENTER DES ÉTATS

Les changements climatiques sont aujourd'hui indéniables. La discipline économique est une voie sur laquelle les questions environnementales devraient pouvoir compter et la libéralisation des échanges est son catalyseur. Les protections environnementales passent par le droit des parties à l'accord de réglementer pour un objectif commun.

L'objectif assigné à ce mémoire était de déterminer la place des considérations environnementales dans l'AECG signé entre le Canada et l'UE afin de préserver la capacité de ces États membres de l'accord à mettre en place des politiques publiques dans ce domaine.

Dans un premier temps, le mémoire a décrit l'évolution du mécanisme de règlement des différends dans le temps. Cela a permis d'évaluer les améliorations de ce mécanisme, la valeur protectrice pour les investisseurs étrangers, et a également mis en exergue quelques-unes de ses spécificités les plus controversées. Il semblerait que les améliorations ont favorisé les investisseurs étrangers et leurs investisseurs en les protégeant contre les abus gouvernementaux au moyen d'un mécanisme de règlement des différends. Au final, les investisseurs se sont retrouvés avec des pouvoirs plus marqués que ceux des États membres de l'accord. Par conséquent, les spécificités du mécanisme de règlement des différends ont eu pour effet de contraindre les États parties à abroger leurs lois et réglementations légitimes d'intérêt commun.

En analysant ces spécificités du mécanisme, l'étude a révélé les éléments suivants :

- a) Le processus de gestion de litige est le plus souvent contourné par les investisseurs désireux d'échapper aux sentences qui ne les arrangent pas. Ce manque de contrôle par les tribunaux, détenu par trois membres uniquement, ne garantit pas une transparence, pourtant le sort des questions touchant la politique des pouvoirs publics est entre leurs mains ;
- b) L'interprétation des concepts entourant la disposition du TJE est laissée à l'entière appréciation des tribunaux dont les investisseurs peuvent manipuler dans certaines mesures afin de dicter aux États leurs choix législatifs et politiques;
- c) L'ambiguïté existante autour des termes de la disposition d'expropriation indirecte donne l'effet d'une incohérence au niveau des sentences arbitrales;
- d) Le TN donne l'effet de freiner le développement économique local en empêchant les États de mener des politiques de soutien ou de protection aux investisseurs locaux;
- e) Les enjeux entourant la relation entre l'investisseur étranger et l'État d'hôte a pour effet d'inciter l'État à abroger ses politiques d'intérêt commun lorsque le système d'arbitrage met en position de défense cet État et remet en cause les actes accomplis et les mesures prises par ce dernier;
- f) Les sentences arbitrales sont le plus souvent en faveur des États mais les montant versés par ceux-ci en guise de compensation sont assez substantiels et, par conséquent, incitent les États à abroger leurs politiques pour y échapper;

Au terme de cette section, il a été possible de constater à quel point le système action fonctionne mal et cela au détriment des États qui sont contraint de limiter leur droit.

Dans un deuxième temps, ce mémoire a présenté sommairement l'AECG afin de mieux cerner son impact sur les deux économies, le Canada et l'UE. Les points clé présentés étaient les avantages que les parties de l'accord pourraient retirer de ce partenariat d'une part et contenu de l'entente d'autre part.

Il a été possible de constater que cet accord était de grande importance pour les États membres et que chacun pouvait y trouver son compte. Le Canada pourra augmenter considérablement ses revenus annuels et jouir d'un accès préférentiel à l'une des plus grandes économies du monde. Cependant, une partie du grand public ne voyait pas cela du même œil. Alors une troisième partie a été consacrée à la controverse sur l'AECG.

Les résultats ont révélé que la controverse sur le sujet tourne une fois de plus sur le mécanisme de règlement des différends de cet accord. Essentiellement, les détracteurs de l'accord craignent que son mécanisme ne vienne renforcer d'avantage le problème du droit pour les États de poursuivre leurs objectifs de politiques publiques, en permettant aux investisseurs de continuer à déposer des plaintes s'ils estiment avoir subi un traitement discriminatoire ou un manquement aux règles de protection des investissements.

Dans un troisième temps, ce mémoire a tenté de dégager la pertinence des principales dispositions entourant le mécanisme ISDS des chapitres de l'investissement, de l'environnement et du développement durable.

Les dispositions analysées dans ces chapitres ont révélé ce qui suit :

- ❖ Le processus de gestion, en matière d'investissement, encourage les recours à l'arbitrage par les consultations. Sa structure procédurale assure une certaine uniformité au niveau des requêtes afin de protéger les parties contre d'éventuels détournements du système juridictionnel. Par ailleurs, le sort des politiques publiques est laissé dorénavant entre les mains de 15 membres dont la sélection est le fruit du hasard, censée assurer une représentation équitable des parties. Le processus de gestion des litiges relève d'une transparence totale et limite le risque des procédures multiples.

- À cet égard, les dispositions entourant le processus de gestion des litiges résout entièrement le problème posé à ce niveau.
- ❖ Le TJE donne le droit aux parties de légiférer en faveur des politiques d'intérêt public. Une liste exhaustive des éléments pouvant constituer des situations de violation des obligations a été fournie en annexe de l'accord. Ces décisions qu'ont prises les parties limitent les interprétations abusives de la part des tribunaux pouvant conduire à d'éventuelles manipulations et par conséquent, limitent les incohérences au niveau des sentences arbitrales.
 - Ainsi, il semble évident que les textes de l'AECG ont été rédigés de façon à circonscrire les différentes situations qui pourraient conduire à édifier un système juridique où les investisseurs dicteraient leurs choix législatifs et politiques aux États désireux de développer leur économie. Ces dispositions résolvent également le problème relevé à ce niveau
- ❖ Les dispositions entourant l'expropriation accordent une autorisation explicite pour les parties de légiférer dans l'intérêt commun. Elles ont également défini des situations constitutives d'une expropriation indirecte et directe. Cependant, les parties de l'accord laissent le soin aux membres de l'accord, autre que les tribunaux, de mener des enquêtes afin d'apporter une interprétation à ce qui constitue une « mesure » ou une « série de mesure » pour déterminer une situation de violation des obligations. La définition de ces termes semble être trop évasive pour que lorsque se présente des cas similaires ou quasi similaires ils parviennent à des sentences identiques.
 - L'effet de cette disposition est que les parties ont recouvré leur plein droit de légiférer et ne pourront plus être poursuivies pour avoir appliqué des politiques publiques. Cependant l'ambiguïté autour des termes *mesure* ou *série de mesures* pourra mener à nouveau à un mauvais précédent. Reconnaisant que l'accord autorise les parties à avoir un droit de regard sur les interprétations à titre de garantie supplémentaire, le problème à ce niveau ne semble être résolu que de façon partielle. Une recommandation nécessaire pour améliorer cette disposition est fournie(Cf. session suivante).

- ❖ Pour les dispositions entourant le traitement national, les parties reconnaissent le droit pour les États de poursuivre leurs objectifs de politiques publiques. Par contre, les parties ont répété, pour le TN, les termes entourant le TN des précédents accords ayant déjà cause des problèmes au niveau du fonctionnement juridique actuel.
 - Les parties aux négociations n'ont pas réussi à faire une distinction entre les investissements intérieurs et les investissements étrangers. Il n'existe pas de dispositions visant à promouvoir les industries locales aux moyens de subventions ou de règles sur le contenu local visant à soutenir, à protéger les investisseurs nationaux ou encore visant à promouvoir la compétitivité nationale. Les dispositions entourant le traitement national ne résolvent qu'une partie du problème. Une recommandation à ce niveau pourrait améliorer les solutions déjà proposées.
- ❖ Quant aux restes des dispositions contenues au chapitre de l'investissement, elles ne répondent pas au dernier problème relevé dans cette étude. En effet, la section sur la tendance des litiges et celle de la relation investisseur-État avaient révélé que les montants importants versés de compensation pour dommages et intérêts étaient aussi problématiques. Les autres dispositions précisent à ce sujet que la valeur des compensations doit être versée en concurrence de la valeur des pertes subites par l'investisseur. Les textes semblent donc dire que les États devront continuer à verser des montants élevés aux investisseurs pour compensation
 - Le chapitre des investissements ne résout pas le problème lié à ce niveau. Une recommandation pourrait servir de piste pour solution sur ce sujet (Cf. section suivante).

Aux chapitres de l'environnement et du développement durable, l'analyse des dispositions ont révélé que le fait que les États reconnaissent leur droit de mettre en place et de modifier, comme bon leur semble, des politiques qui protègent l'environnement sur leur territoire et l'importance de le faire, dans deux chapitres réservés au domaine de l'environnement témoignent de l'engagement des parties à trouver un compromis entre l'environnement « pilier

fondamental du développement durable » et le commerce. Il a été relevé que le mécanisme est formulé de façon à ce que les questions environnementales soient placées en priorité devant les profits des investisseurs ; il fournit aux parties une méthode de résolution des conflits à l'amiable et encourage une coopération entre gouvernement; il encourage les investisseurs étrangers à adopter des pratiques soutenant des objectifs de développement durable; il implique les autorités internes en guise de solution pour une garantie procédurale et encourage les débats publics avec les acteurs étatiques sur tous les aspects qui touchent à l'environnement dans cet accord.

Au terme de cette étude, il est possible de constater que dans les trois chapitres, les parties ont reconnu et confirmé le droit pour les États de mettre en œuvre des politiques d'intérêt public, lesquelles incluent les politiques environnementales. Le chapitre sur l'environnement non seulement encourage le gouvernement à légiférer en faveur de l'environnement sans égard pour l'investisseur, mais en plus il protège ce droit. Ces mêmes politiques exemplaires de la part des négociateurs de l'accord accordent le même privilège au chapitre de l'investissement. Seule le non-respect des dispositions, – expropriation directe discrimination à des fins publiques par exemple – est prohibé dans cet accord. Le fait qu'un investisseur subisse des pertes suite à une politiques publique et qu'il ne peut pas porter plainte contre le gouvernement s'inscrit également dans cette mouvance.

Dans la pratique, ceci veut simplement dire que si l'affaire *Lauder contre la République tchèque et CME Czech Republic B.V. contre la République tchèque*, par exemple, avait été traitée dans le cadre de l'AECG, aucune des parties n'aurait eu gain de cause pour les pertes subies, et cela simplement parce que le gouvernement tchèque aurait été, en vertu des dispositions de l'AECG, dans son droit d'appliquer ses politiques publiques. Ce dernier aurait conservé ses 133 millions de dollars parce qu'il y aurait eu un non-lieu, car les circonstances qui déterminent la

violation des obligations sont absentes ici. On aurait également évité des sentences différentes pour des faits identiques ou quasi-identiques. Une seule sentence pour les faits similaires ou quasi similaires dénonce une cohérence dans le système arbitrale.

Et dans un contexte environnemental, pour reprendre l'exemple de *SD Myers c. Gouvernement du Canada*, (2014) où l'arbitre avait jugé que la décision prise par le Canada d'interdire l'exploitation de déchets toxiques (interdiction qui s'appliquait à tous les investisseurs et compatible avec un traité international en matière d'environnement) privilégiait les entreprises canadiennes, si cette affaire avait été traitée dans le cadre de l'AECG, il y aurait également eu un non-lieu. Le non-lieu découle tout simplement du fait que le Canada serait en droit d'appliquer des mesures protégeant l'environnement. L'investisseur qui ne reconnaît pas ce non-lieu aurait traité le différend avec le Canada au moyen d'une consultation. Au pire des cas, les deux parties se seraient entendues sur une solution mutuellement satisfaisante et le Canada aurait poursuivi avec sa politique environnementale pour réduire les émissions polluantes et protéger ainsi l'environnement, tels sont les objectifs de l'AECG avec ses chapitres sur l'environnement. Les résultats auraient été similaires si l'affaire avait été traitée au chapitre de l'investissement, car cette mesure ne constitue pas une expropriation. Car dorénavant pour parler d'expropriation, il faut que la mesure soit extrême au point où cette mesure environnementale ait pour effet de déposséder SD Myers de ses propriétés à un tel point que cela soit considéré comme étant une expropriation directe.

Il est donc incontestable que l'AECG a, à travers ses dispositions et mécanismes, préserve le droit pour les États de légiférer surtout en matière d'environnement et considère ce droit comme étant un principe fondamental de l'accord. Après le mécanisme de règlement sous l'égide de l'OMC, qui consistait à favoriser les investisseurs en les protégeant, le mécanisme de

règlement des différends protège dorénavant les gouvernements ainsi leur droit de légiférer pour l'intérêt commun également. On ne parle plus seulement d'une faveur marquée pour les investisseurs et leurs investissements mais on parlera dorénavant des faveurs marquées pour les investisseurs et leur investissement et aussi des faveurs marquées pour les États et leur droit de légiférer pour l'intérêt public. Les textes de cet accord ont redéfini, par leurs mécanismes de règlement des différends, un nouvel ordre juridique dans lequel les États ne seront plus défendeur face aux investisseurs à cause des politiques qu'ils ont instaurées. Ils sont dorénavant protégés contre ce genre d'intervention. La volonté politique exemplaire de faire en sorte que les questions environnementales soient dûment intégrées à l'accord apporte vraiment des éléments nouveaux comparativement aux AII précédents, offrant ainsi aux États la possibilité de réaliser leurs objectifs écologiques. Les parties de l'AECG ont écouté les préoccupations du public et ont su apporter des solutions dans lesquelles chaque membre de l'accord trouvera son compte. Les mécanismes de règlements de différends de cet accord auront donc permis d'illustrer le genre de compromis que le Canada et l'UE voient pour l'avenir. Dire simplement, les États membres de l'AECG disposent désormais d'une assise solide pour mettre en place des politiques environnementales légitimes d'intérêt commun. Reste à voir si dans la pratique, il y aura la même considération pour l'environnement.

Il n'en demeure pas moins que l'absence de clarté de certains termes, la non-consideration dans les textes des investisseurs nationaux qui promeuvent l'économie domestique, ainsi que la responsabilité financière des gouvernements qui contribuent au gel réglementaire constituent une faiblesse aux mécanismes de cet accord économique et commercial global.

RECOMMANDATIONS

Les éléments contenus aux chapitres du développement durable, de l'environnement, de l'investissement permettent sans aucun doute de répondre à une série de questions relevées au sein de la société civile et d'autres groupes de populations. Les initiatives prises par les parties conjointes de l'accord au niveau du développement durable ont permis de donner une place importante à certaines normes de protection environnementales, qui selon eux permettraient d'équilibrer les intérêts privés et publics en jeu. Cependant, le mémoire soutient que les standards définis par l'AECG en vue de protéger l'environnement restent insuffisants pour que l'efficacité de ces mesures prime dans le système juridique actuel et propose d'amener les quelques pistes de réflexion suivantes à la table des négociateurs :

- ✚ Les parties à l'accord devraient fournir une définition plus précise des critères qui constituent une « mesure » ou une « série de mesures » prise par une partie, au moyen d'une liste exhaustive (établi à la lumière des expériences acquises) qui constituent qui pourrait définir ou représenter « une mesure » ou une série de mesures prise par une partie, afin de fermer la porte à d'éventuelles interprétations abusives sur de tels termes pouvant empêcher les États parties à l'accord d'adopter des politiques publiques légitimes.
- ✚ Les parties à l'accord devraient inclure des clauses qui feraient une distinction entre les investissements étrangers et les investissements nationaux afin de promouvoir les industries locales de certains secteurs tels que l'environnement en vue de satisfaire des objectifs publics légitimes.
- ✚ Les parties à l'accord devraient inclure une clause permettant de contrer le gel réglementaire dû à la responsabilité financière des États parties afin de permettre à ceux-ci de continuer à légiférer dans certains domaines sans égard pour la valeur des compensations pour les pertes

*sur la base des statistiques établies par la CNUCED

I. Utilisation des dispositions du RDIE

Sur l'ensemble des 514 affaires (connues) de RDIE (en instance ou pour lesquelles une décision a été rendue):

- 24 % soumises par des investisseurs américains (124 affaires).
- 26 % soumises par des investisseurs de l'UE (au moins 132 affaires)

NL: 50

UK: 30

DE : 27

FR: 7

Autres États membres: 18

Les chiffres de ces cinq dernières années (2008-2012) indiquent une nette augmentation des affaires soumises par les investisseurs de l'UE. Sur les 214 affaires (connues) de RDIE enregistrées dans le monde au cours de cette période, les investisseurs de l'UE représentaient 52 % des cas (113 affaires).

Sur ces 113 affaires, 27 % étaient des affaires intra-UE (basées sur des TBI : 19) et dans le cadre du traité sur la Charte de l'énergie (12).

Les chiffres concernant l'ouverture de nouveaux recours reflètent l'augmentation de l'utilisation du RDIE par les investisseurs de l'UE. Sur les 52 nouvelles affaires ouvertes en 2012 (pour lesquelles aucune décision n'a donc encore été rendue):

- investisseurs de l'UE: 60 % de toutes les nouvelles affaires (31)

- investisseurs américains: 7,7 % (4)
- Russie: 5,8 % (3)
- Canada: 3,8 % (2)
- Autres (Australie, Égypte, Barbade, Chine, Turquie): 22,7 % (12)

Instruments RDIE les plus utilisés

- ALENA: 66 affaires (19 contre les États-Unis, 28 contre le Canada, 19 contre le Mexique) (jusqu'à fin 2010)
- Traité sur la Charte de l'énergie: 37 affaires (jusqu'à la fin 2013)
- TBI Argentine – États-Unis: 17 affaires (jusqu'à la fin 2012)
- TBI avec l'Argentine, le Venezuela, l'Équateur: 109 affaires (jusqu'à la fin 2012)

Dans le cadre des dispositions de règlement des différends au titre du traité sur

la Charte de l'énergie, les investisseurs de l'UE sont à l'origine de la majorité des

affaires ouvertes (près de 80 %), soit 29 affaires sur un total de 37 procédures engagées au cours de la période 2001-2013: UK: 5, NL: 5, Chypre: 5, Suède: 3, Pologne: 2, Autriche: 2, Italie: 1, Croatie: 1, France: 1, Belgique: 1, Grèce: 1, Lettonie: 1, République tchèque: 1.

Source : Document fourni par la commission Européenne

Commission Européenne, « *Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE– Fiche d'information* », 2013. P 11-12, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152016.pdf

- Antoniou, H. (1993). Une évolution des mécanismes de règlement des différends: de l’ALE à l’ALENA. Consulté à l’adresse https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_24/24-1-antoniou.pdf
- Barroso, J. M. (2013). *Statement by the President of the European Commission, José Manuel Durão Barroso following his meeting with the Prime Minister of Canada, Stephen Harper* (p. 2). Présenté à European Commission, Bruxelles: Europa. Consulté à l’adresse http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-817_en.htm
- Billout, M. (2014). *Proposition de résolution sur le règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d’accords commerciaux entre l’Union européenne, le Canada et les États-Unis*. Consulté à l’adresse <http://www.senat.fr/rap/114-134/114-1340.html>
- Brown, L. (2016, mars 1). AECG : les libéraux tentent de berner la population. Consulté à l’adresse <http://tradejustice.ca/fr/aecg-les-liberaux-tendent-de-berner-la-population/>
- Burda, J. (2005). L’efficacité du mécanisme de règlement des différends de l’OMC: vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral. Consulté à l’adresse http://rs.sqdi.org/volumes/18.2_-_burda.pdf
- CCI France International. (2016, juin). Actualités liées au Traité AECG | Chambre de commerce française au Canada - Section Québec [Actualité à la Une]. Consulté 23 juin 2016, à l’adresse <http://www.ccifcquebec.ca/reseau-aecg/actualites-liees-au-traite-aecg/>
- CIJ, C. international de justice. (1970). *Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnance : Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited. (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne) Deuxième Phase* (Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et ordonnances) (p. 105). Cour International de Justice. Consulté à l’adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
- Confédération européenne des syndicats (CES). (2013). Organisation et personnel | ETUC. Consulté 10 juillet 2016, à l’adresse <https://www.etuc.org/fr/composition-et-organisation>

Congrès du travail du Canada (CTC). (2016, mai). Les syndicats européens et canadiens exigent des changements à l'AECG. Consulté 10 juillet 2016, à l'adresse <http://congresdutravail.ca/news/news-archive/les-syndicats-europ%C3%A9ens-et-canadiens-exigent-des-changements-%C3%A0-l%E2%80%99aecg>

Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED, 1992, Juin). *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : Principes de gestion des forêts*. Sommet planète terre. Rio de Janeiro, Brésil, Consulté à l'adresse <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm> Deblock, C., Lebullenger, J., Paquin, S. (2015). *Un nouveau pont sur l'Atlantique: l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*. Québec: Presses de l'Université du Québec. Consulté à l'adresse <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login?url=http://books.scholarsportal.info/viewdoc.html?id=/ebooks/ebooks3/upress/2016-03-29/1/9782760543799>

Dufour, G. (2012). Le cas du chapitre 11 de l'ALENA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque. Consulté à l'adresse https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9418/articles_307.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Dufour, G. (2013). L'impact du chapitre 11 de l'Aléna sur la capacité de l'État d'adopter des mesures protégeant l'environnement et la sante publique : les travaux récents de chercheurs en sante publique jettent un nouvel éclairage sur l'affaire Ethyl Corporation, 90(3), 561599.

Eberhardt, P., Redlin, B., & Toubeau, C. (2014, novembre). Marchander la démocratie : En quoi les règles de protection des investisseurs de l'AECG menacent-elles le bien public au Canada et dans l'Union européenne? Consulté à l'adresse <http://corporateurope.org/sites/default/files/marchander-la-democratie.pdf>

Abbott, R., Erixon, F., Francesca Ferracane, M., (2014, Mai). *Demystifying Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. ECIPE OCCASIONAL PAPER No. 5/2014. European Centre

for International political economy. Bruxelles. Consulté à l'adresse
http://www.ecipe.org/app/uploads/2014/12/OCC52014_1.pdf

European Commission. (2013a). *Une nouvelle ère dans les relations UE-Canada* (p. 1).

Bruxelles : European Commission, Europa. Consulté à l'adresse
http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-914_fr.htm

European Commission. (2013b). *L'UE et le Canada concluent les négociations pour un accord de libre-échange* (p. 2). Bruxelles : European Commission, Europa. Consulté à l'adresse
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-972_fr.htm

European Commission. (2013c). *Une nouvelle ère dans les relations UE-Canada*. Dans Europa (p. 1). Bruxelles : European Commission, Europa. Consulté à l'adresse
http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-914_fr.htm

European Commission. (2013d, octobre 18). *L'accord de libre-échange UE-Canada : faits et chiffres*. Bruxelles : European Commission, Europa. Consulté à l'adresse
http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-911_fr.htm

European Commission. (2013e, novembre). *Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans l'UE*. Bruxelles : European Commission, Europa. Consulté à l'adresse
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152016.pdf

European Commission. (2015a). *Consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du partenariat transpacifique de commerce et d'investissement (TTIP)* (Document de travail des services de la commission No. SWD (2015) 3 final). Bruxelles : European Commission. Consulté à l'adresse
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153307.pdf

European Commission. (2015b). *Présentation ce jour d'un rapport sur la consultation concernant la protection des investissements dans les négociations commerciales UE-*

États-Unis. European Commission. Consulté à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_fr.htm

European Commission. (2016,). *L'AECG – Synthèse des résultats définitifs des négociations*. Bruxelles : European Commission, Europa. Consulté à l'adresse http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153082.pdf

European Commission. (2016b). AECG- l'Union européenne et le Canada s'entendent sur une nouvelle approche en matière d'investissements dans l'accord commercial.pdf (p. 3). Présenté à Commission européenne, Bruxelles.

European Union and Government of Canada. (2016) “Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union [and its member states]”, février, Consulté le 24 juin 2016, à l'adresse http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf.

Friends of the Earth Europe. (2014, Décembre). Les couts cachés des accords commerciaux de l'UE : Règlement des différends investisseurs-États, plantes engagées contre des États membres de l'UE. Consulté à l'adresse https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2015/briefing_paper_french_v5_low.pdf

Fournier, C. (2015, septembre 10). Changement Climatique : Qui est Vraiment Responsable ? Consulté à l'adresse <http://e-rse.net/rechauffement-climatique-secteurs-industries-economie-15222/>

Gauthier, A. (2016). *Mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un État : d'où viennent-ils et qu'est-ce que l'avenir leur réserve?* Ottawa : Bibliothèque du Parlement. Publications de recherche de la bibliothèque du Parlement. Consulté 26 avril 2016, à l'adresse <http://www.lop.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2015-115-f.html?cat=economics#txt34>

Gouvernement du Canada, Affaires étrangères. (2015, mars). Texte de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) [Gouvernement du Canada]. Consulté le 26 avril 2015, à

l'adresse <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/text-texte/11.aspx?lang=fra>

Gouvernement du Canada, E. C. (2010, juin 1). ARCHIVÉE - Données environnementales - Sciences et technologie - Environnement Canada. Consulté le 16 avril 2015, à l'adresse <http://ec.gc.ca/scitech/default.asp?lang=Fr&n=EE731FE6-1>

Gouvernement du Canada, Affaires étrangères. (s. d.). Canada-Union européenne : Accord économique et commercial global (AECG). Consulté le 23 mars 2015, à l'adresse <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/benefits-avantages/nu.aspx?lang=fra>

Gouvernement du Canada, A. étrangères. (2016, juillet 31). Chemtura Corporation (anciennement Crompton Corporation) c. le Gouvernement du Canada. Consulté 25 avril 2016, à l'adresse <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/crompton.aspx?lang=fra>

Guyomar, G. (1959). L'arbitrage concernant les rapports entre États et particuliers. *Annuaire français de droit international*, 5(1), 333-354. <http://doi.org/10.3406/afdi.1959.1439>

International Institute for Sustainable Development (IISD, 2012). Investment treaties and Why they matter to sustainable development: Questions & Answers. International Institute for Sustainable Development (IISD). Consulté à l'adresse http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf

IISD. (2014). Les États sont imputables des changements réglementaires : comment les règles relatives aux investissements internationaux prennent le pas sur la législation nationales, 5(1), 20. InvestmentTreatyNews, Un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable.

IPCC. (2014): Summary for policymakers. In: Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Field, C.B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B. Girma, E.S. Kissel, A.N. Levy, S. MacCracken,

P.R. Mastrandrea, and L.L.White (eds.)). Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and NewYork, NY, USA, pp. 1-32.

Leben, C. (2004). La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. *Annuaire français de droit international*, 50(1), 683 -714. <http://doi.org/10.3406/afdi.2004.3816>

Le gouvernement Grand-Duché de Luxembourg. (2013, octobre 18). La Commission européenne et le gouvernement canadien ont conclu leurs négociations sur un Accord économique et commercial global, dont les premiers éléments connus suscitent enthousiasme et inquiétudes. EUROPAFORUM.LU. Principaux portails publics. Consulté à l'adresse <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2013/10/accord-ue-canada/index.html>

Le gouvernement Grand-Duché de Luxembourg. (2016, mars). CETA – Le nouveau système de règlement des différends ne fait pas l'unanimité dans les rangs du Parlement européen - Europaforum Luxembourg -. EUROPAFORUM.LU. Consulté à l'adresse <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2016/03/pe-ceta-reactions/index.html> Les Verts, A. L. E. au P. E. (2013, octobre 18). Accord UE- Canada Un accord qui menace la protection de l'environnement, l'agriculture et les services [Presse]. Consulté le 26 avril 2016, à l'adresse <http://www.greens-efa.eu/fr/accord-ue-canada-10760.html>

Les Verts, A. L. E. au P. E. (2016, Février). ISDS/EU-Canada trade agreement No to undemocratic arbitration courts for investors [Presse]. Consulté 25 avril 2016, à l'adresse <http://www.greens-efa.eu/fr/isdseu-canada-trade-agreement-15247.html>

Masson-Delmotte, V. (2014, octobre 15). Relation climat – niveau des mers 5ème rapport du GIEC. Laboratoire des sciences du Climat et de l'Environnement (LSCE). Consulté à l'adresse <http://www.sonel.org/IMG/pdf/masson-delmotte.pdf>

Mihir A, D., & Moel, A. (2006, Avril). Czech Mate: Expropriation and Investor Protection in a Converging World. Havard University and NBER. Consulté à l'adresse <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=52408608907400808810600000008709010902700804204300103310302600009512612103102500310301303900203711112504807710700810712710105000803508303510210000100501610002708506206900708608500>

OMC. (2016). OMC | Règlement des différends - Module de formation au système de règlement des différends - Historique du système de règlement des différends de l'OMC - Le système prévu par le GATT de 1947 et son évolution dans le temps. Page 1. Consulté le 26 avril 2016, à l'adresse

https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c2s1p1_f.htm

Peterson, L. E. (2006, Juin). Évaluation du modèle canadien 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) à la lumière des préoccupations de la société civile. Consulté 26 avril 2016, à l'adresse

http://www.ccic.ca/_files/fr/what_we_do/trade_2006-06_foreign_investment_memo_f.pdf

S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada. (2002, mai 14). Consulté 15 avril 2015, à l'adresse <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/SDM.aspx?lang=fra>

S&D (Socialists & Democrats). (2016, février). Les S&D font voter l'intégration à l'accord commercial avec le Canada du nouveau système de protection des investissements. Consulté 10 juillet 2016, à l'adresse <http://www.socialistsanddemocrats.eu/fr/newsroom/sds-push-through-new-investment-protection-system-canada-trade-agreement>

Secrétariat de l'ALÉNA. (2014). NAFTA Trilateral, Texte légaux : Accord de libre-échange nord-américain. Consulté le 26 avril 2015, à l'adresse [https://www.nafta-sec-](https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-l%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain)

[alena.org/Accueil/Textes-l%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-](https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-l%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain)

[am%C3%A9ricain](https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-l%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain)Small, C. Y. (2006, Février). Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États: vue d'ensemble. Paris, OCDE. Consulté à l'adresse <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/38046824.pdf>

Union Européenne - SEAE. (2016). Union Européenne - SEAE (Service européen pour l'action extérieure) | AECG. Consulté le 26 avril 2016, à l'adresse http://eeas.europa.eu/delegations/canada/eu_canada/trade_relation/ceta/index_fr.htm

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (Éd.). (2010). *Investor-state disputes: prevention and alternatives to arbitration*. New York: United Nations. 129 pages. Disponible à l'adresse http://unctad.org/fr/Docs/diaeia200911_fr.pdf

UNCTAD. (2014). *Transformation du régime des accords internationaux d'investissement*. CNUCED. Genève: Nation Unies. Consulté à l'adresse http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciiem4d2_fr.pdf

UNCTAD. (2015). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015, Vue d'ensemble* (World Investment Report No. Overview) (p. 67). CNUCED. Nation Unies. Consulté à l'adresse http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview_fr.pdf

Vaudano, M. (2015, juin). Traité transatlantique : les 12 mots qui déchirent le Parlement européen [Actualité à la Une]. Consulté à l'adresse <http://www.lemonde.fr/iframe/jelec.html>

Zacharie, A. (2015, juillet). ISDS : quand les intérêts des firmes priment sur les choix démocratiques des États. Consulté le 26 avril 2016, à l'adresse [ISDS-quand-les-intérêts-des-firmes](#)