

Observatoire des Amériques

LE CANADA ET LES ACCORDS SUR LES INVESTISSEMENTS DANS LES AMÉRIQUES EN 2002

Rémi Bachand

Janvier 2003

Même si l'année qui vient de se terminer n'a été marquée par aucun coup d'éclat dans le domaine des investissements, un rapide tour d'horizon permet de mieux comprendre les enjeux d'importants événements qui surviendront dans ce domaine lors des mois à venir. Les douze derniers mois ont notamment vu se poursuivre les négociations en vue de la formation de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) et les travaux du Groupe de travail sur le lien entre commerce et investissements à l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Le Canada a évidemment été actif dans ce domaine. Avant de débiter l'analyse des faits saillants de la dernière année et afin de mieux saisir ceux-ci, nous jugeons important de faire brièvement le point sur l'importance par région des stocks d'investissements directs canadiens à l'étranger et des stocks d'investissement directs étrangers au Canada, ceci afin de nous faire mieux apprécier la stratégie du Canada en la matière.

Tableau 1 : Comparaison par région des stocks d'IDE canadiens et des stocks d'IDE au Canada

Les IDE canadiens (en millions \$)		Les IDE au Canada (en millions \$)	
Dans le monde	389 426	Total	320 932
Dans les Amériques	269 863	Des Amériques	218 560
Dans la zone ALÉNA	202 424	De la zone ALÉNA*	215 098
dont É-U	198 404	dont É-U	214 960
dont Mexique	4 020	dont Mexique*	138
Les Amériques – ALÉNA	67 439	Des Amériques – ALÉNA	3 462

Sources : Toutes les statistiques de cette chronique proviennent de : Gouvernement du Canada, *Statistiques sur l'investissement en ligne*, en ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inii-ii.nsf/vwGeneratedInterF/ii18441f.html> (date d'accès: 18 décembre 2002). Les statistiques sont pour l'année 2001.

* Les statistiques sur les IÉD mexicains sont celles de 2000.



Ce qui ressort principalement de ces statistiques, c'est d'abord le poids primordial des États-Unis comme partenaire économique du Canada. Si un tel constat n'a rien de surprenant, on peut noter que ce sont presque 70 % des investissements directs canadiens qui se dirigent vers notre voisin du Sud et que c'est une proportion semblable des investissements directs étrangers au Canada qui sont de provenance états-unienne. Le second point concerne la disproportion entre l'exportation et l'importation de capitaux dans les pays des Amériques, États-Unis exclus. Ce point est essentiel à notre analyse et nous allons y revenir.

Cette chronique cherche à résumer les principaux événements qui ont concernés le Canada dans le domaine des négociations sur les investissements au cours de l'année 2002. Elle concernera principalement l'évolution de la relation entre ce pays et ses partenaires des Amériques. Elle sera divisée en trois parties. Nous traiterons d'abord des activités sous l'angle du bilatéralisme, pour poursuivre en analysant les activités régionales avant de terminer sur l'analyse des faits au niveau multilatéral.

1. Le régionalisme

Au sujet de l'*ALÉNA* d'abord, rappelons que le tribunal arbitral formé en vertu des dispositions du chapitre 11 a rendu son verdict concernant les compensations que devra verser le Canada à la compagnie américaine S.D. Myers. Rappelons qu'en novembre 2000, ce tribunal avait reconnu Ottawa coupable d'avoir violé les articles 1102 (traitement national) et 1105 (norme minimale de traitement) de l'Accord¹. Dans sa dernière décision rendue le 21 octobre 2002, le tribunal a demandé au Canada de verser à l'entreprise la somme de 6,050,000 dollars en indemnité plus les intérêts².

Dans le même ordre d'idée, soulignons que les procédures entourant les poursuites intentées par les compagnies UPS et Crompton corp. contre le Canada se sont développées au cours de l'année 2002. Rappelons d'abord que la compagnie UPS poursuit le Canada au motif que celui-ci abuserait de sa position de monopole dans le secteur des postes et instituerait ainsi une concurrence malsaine entre ses entreprises, telles que *Messengeries prioritaires*, *Skypak*, *Xpresspost* et *Purolator* (qu'elle possède à 96 % depuis janvier 1999) et les autres entreprises privées, dont UPS. Cette dernière cherche à obtenir 100 millions de dollars comme compensation aux violations de multiples articles du chapitre 11 par le Canada, et d'un article du chapitre 15 sur la concurrence. Rappelons que le mécanisme de règlement des différends prévu dans la partie B du chapitre 11 peut être utilisé par les

investisseurs pour protester contre les violations de deux articles du chapitre 15 par un État accueillant leurs investissements, soit l'article 1503 (2) et 1502 (3) qui concernent les entreprises d'État et les monopoles d'État.

Dans le second cas (Crompton corp.), beaucoup moins connu, l'entreprise états-unienne tente d'obtenir d'Ottawa une somme de quelques cent millions de dollars en compensation à des violations présumées aux articles 1102 (traitement national), 1105 (norme minimale de traitement), 1106 (obligations de résultats) et 1110 (expropriation). Dans cette histoire, l'entreprise se plaint des mesures prises par le gouvernement canadien concernant l'interdiction du Lindane, un ingrédient chimique utilisé dans la fabrication de plusieurs produits pour le traitement des semences. Le Canada a interdit ce produit, également prohibé aux États-Unis, pour des raisons environnementales. L'entreprise déplore le fait que le gouvernement interdise son produit avant d'avoir complété des études prouvant ses effets néfastes sur l'environnement.

Par ailleurs, dans le dossier de la ZLÉA, le travail du groupe de négociation sur les investissements s'est poursuivi au cours de l'année. Comme pour les autres sujets, les pays participants ont décidé de publier une deuxième version du chapitre de l'avant-projet d'Accord au début du mois de novembre. Le survol de ce second texte ne nous réserve que bien peu de surprises. Celui-ci nous démontre une rédaction qui sera, sur la forme au moins, bien proche du chapitre 11 de l'*ALÉNA* et des autres accords semblables sur les investissements. Un élément attire cependant notre attention. Il s'agit de la tentative d'obtenir l'engagement des Parties de ne pas assouplir les lois nationales sur le travail et l'environnement afin d'attirer l'investissement. Ces propositions d'articles existaient déjà dans le premier projet d'Accord, publié à l'été 2001. Leur maintien démontre une volonté de faire face aux critiques des défenseurs des droits humains et du droit de l'environnement qui dénoncent souvent la menace que font courir ce type d'accords sur les normes en la matière. Selon eux, la concurrence que se font les États pour attirer les capitaux a souvent comme effet de créer une sorte de course vers le bas en matière de droit du travail et de droit de l'environnement. À titre d'exemple, le projet d'article 18, sur le travail, se lit comme suit :

Les Parties conviennent qu'il est inadmissible d'encourager l'investissement par l'assouplissement des lois nationales sur le travail. Par conséquent, chacune d'elles veillera à ne pas renoncer ou déroger à de telles lois, ni offrir d'y renoncer ou d'y déroger, à titre d'encouragement à l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou la rétention d'un investissement d'un investisseur sur son territoire³.

Le premier paragraphe du projet d'article 19 sur l'environnement se lit de la même façon avec, bien évidemment, les modifications qui s'imposent concernant l'objet de l'article.

¹ *S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada* (décision partielle) (2000), en ligne Appleton et associés <http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf> (date d'accès: 14 novembre 2000), (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) (Arbitres L.B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter).

² *S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada* (seconde décision partielle) (2002), en ligne, Ministère des affaires étrangères et du commerce internationales <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/MyersPA.pdf> (date d'accès: 23 octobre 2002).

³ ZLÉA, *Deuxième avant-projet de l'Accord de la ZLÉA; Chapitre sur l'Investissement*, en ligne : http://www.alca-ftaa.org/ftaadraft02/fre/nginf_1.asp#NGIN.

La formulation de ces articles nous apparaît significative. Comparativement aux autres articles de l'avant-projet d'Accord qui utilisent des verbes donnant un sens bien impératif à ces dispositions (par exemple, « accordera », « doit accorder », « ne peut imposer », « ne pourra », etc.), l'utilisation du verbe « veiller » nous paraît plutôt indulgent et timide. De plus, la course vers le bas que craignent les défenseurs des droits des travailleurs et du droit de l'environnement ne signifie pas le « renoncement » ou la « dérogation » des mesures à ces sujets, mais plutôt des modifications rendant celles-ci plus souples et moins contraignantes pour les investisseurs. Ainsi, à cause de leur formulation, ces deux articles nous apparaissent d'aucune utilité pour défendre les travailleurs et l'environnement et il est à souhaiter que les défenseurs de ceux-ci ne seront pas dupés par de telles dispositions.

Un point important à souligner à propos des négociations sur la ZLÉA a trait à la position du Canada concernant l'insertion d'un mécanisme de règlement des différends investisseur-État dans un tel accord de libre-échange. Rappelons qu'il y a deux ans, le ministre du Commerce international, Pierre Pettigrew, affirmait que le Canada n'adhérerait plus jamais à des accords sur les investissements comprenant des mécanismes de règlement des différends investisseur-État, tel qu'il en existe un dans l'ALÉNA. À l'époque, le *Globe and Mail* rapportait ainsi les paroles de Monsieur Pettigrew : « Je peux vous assurer que nous ne cherchons pas de mécanisme de règlement des différends investisseur-État à l'OMC... et nulle part ailleurs »⁴. Cette position a été réaffirmée à plusieurs reprises, ce qui laissait penser que le Canada refuserait d'adhérer à la ZLÉA si l'accord l'instituant comprenait un tel mécanisme⁵. Cette réaction s'explique en partie par plusieurs critiques portées par les groupes de pression et d'opposition qui affirment que cette possibilité qu'ont les investisseurs de poursuivre les États accueillant leurs investissements en vertu du droit international, jumelée aux autres dispositions de l'ALÉNA en matière d'investissements, leurs ont déjà permis de remettre en question des politiques environnementales à quelques reprises. De notre côté, nous notons que la possibilité que possèdent les investisseurs de poursuivre en vertu du droit international un État ne respectant pas ses obligations internationales, jumelée à l'inexistence (ou l'inefficacité relative) d'un tel processus concernant les violations faites en vertu des droits humains ou du droit de l'environnement met en place une sorte de hiérarchie en droit international où le droit commercial (et dans ce cas les droits octroyés aux investisseurs) est placé à une place supérieure aux autres droits.

C'est cette même position qui est encore soutenue sur le site web du Ministère des Affaires étrangères et du commerce international. En effet, celui-ci mentionne que :

Pour ce qui est du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un État, qui donne le droit aux investisseurs des pays faisant partie de la

zone de libre échange d'entamer un processus d'arbitrage pour des différends résultant de violations prétendues à certaines obligations contenues dans le chapitre à cet égard, le Canada ne cherche pas à reproduire dans l'accord sur la ZLEA le mécanisme qu'on retrouve dans l'ALENA. Le Canada n'a appuyé aucune des propositions faites à ce jour par d'autres pays de la ZLEA relativement à un tel mécanisme⁶.

Cette position serait en vigueur en date de la dernière révision du site, soit le premier novembre 2002. Les derniers mois de l'année 2002 ont toutefois vu cette position ébranlée, le ministère laissant savoir en octobre dernier que le Canada trouvait désormais nécessaire d'inclure un mécanisme de règlement des différends investisseurs-État afin d'assurer la protection des investissements canadiens à l'étranger⁷.

C'est dans les statistiques sur l'investissement que nous croyons pouvoir trouver une explication à ce changement de position. À la fin de l'année 2001, le Canada avait pour près de 390 milliards de dollars d'investissements directs à l'étranger⁸. De ceux-ci, 270 étaient investis dans les Amériques, dont un peu plus de 200 dans les pays Parties à l'ALÉNA, c'est-à-dire aux États-Unis (198,404) et au Mexique (4,020). C'est donc dire que c'est quand même 25 % des investissements canadiens directs à l'étranger qui étaient dirigés vers des pays des Amériques non Parties de l'ALÉNA⁹. Parmi les pays recevant une grande partie de ces investissements, notons dans l'ordre les Bahamas (!) avec près de 8 milliards, les Bermudes (!) avec 7 et demi, le Brésil (5 et demi), les Iles Caïman (!) avec 5 et demi également et le Pérou (2,2). C'est donc le quart des investissements directs canadiens à l'étranger dirigés vers des pays des Amériques non Membres de l'ALÉNA, et près de 15 % vers des pays avec lesquels le Canada n'a pas de traité de promotion et de protection des investissements.

À l'inverse, le Canada est la destination pour 320 milliards d'investissements directs venant de l'étranger. De cette somme, près de 220 viennent des Amériques, dont 98,4 % (tout près de 215 milliards) viennent des États-Unis. C'est donc moins de deux pour cent des investissements directs au Canada qui proviennent des pays de la future et probable zone de libre-échange des Amériques qui ne sont pas déjà membres de l'ALÉNA. Et c'est près de vingt fois plus d'investissements directs canadiens qui se dirigent vers les pays américains non Membres de ce dernier Accord que d'investissements directs qui proviennent de ces mêmes pays (faut-il, encore une fois, rajouter un bémol concernant les pays hors ALÉNA avec lesquels le Canada a un traité

⁴ H. Scofield, « Pettigrew rejects NAFTA dispute model : Investment regulations have allowed foreign firms to sue government » *The Globe and Mail* (6 avril 2000) B5.

⁵ M. MacKinnon, « Canada Seeks Review of the NAFTA's Chapter 11 » *The Globe and Mail* (13 décembre 2000) B1 et B7.

⁶ MAECI, *Zone de libre-échange des Amériques; Position et proposition du Canada*, en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/I-P%26P-fr.asp> (mise à jour : premier novembre 2002).

⁷ E. Desrosiers, « ZLÉA : le Canada veut un 'chapitre 11' » *Le Devoir* (25 octobre 2002) A9.

⁸ Voir Tableau 1

⁹ Si on tente de calculer la part des investissements directs à l'étranger dirigés vers des pays des Amériques qui n'ont pas de traités de promotion et de protection des investissements avec le Canada, et considérant que les données sont non disponibles pour une grande partie de ces pays, nous pouvons en arriver à une estimation de près de 15 %.

bilatéral sur les investissements qui comprend un mécanisme de règlement des différends investisseur-État).

La conclusion à tirer de cette comparaison statistique est donc la suivante : Le ministère du commerce international semble désagréablement surpris des résultats du mécanisme permettant aux investisseurs de poursuivre le Canada dans le cadre de l'ALÉNA et on aimerait probablement expurger cet Accord de ce mécanisme. Toutefois, considérant le rapport de force qu'un tel mécanisme procure aux investisseurs, considérant aussi que la presque totalité des investissements directs au Canada provenant des pays des Amériques sont déjà protégés par un tel mécanisme alors qu'une minorité importante des investissements directs canadiens dans les Amériques ne le sont pas, il semble clair que la réalité économique a rattrapé la rhétorique et qu'on cherchera à faire bénéficier les investisseurs canadiens d'un tel mécanisme pour leurs investissements dans tous les pays des Amériques. Ce changement de direction aura toutefois des impacts majeurs dans la mesure où le Canada cherchera à négocier un retrait de ce mécanisme de l'ALÉNA. Comment, en effet, pourrait-il se défaire, dans l'ALÉNA, d'un mécanisme qu'il cherche à implanter dans la ZLÉA ? Cette bifurcation dans la position canadienne s'explique peut-être par son constat de l'impossibilité de retirer ce mécanisme de l'Accord nord-américain. En dernier lieu, ce double discours nous force à remettre en question les positions canadiennes mises en lignes sous le couvert de la transparence. Si la position canadienne affichée en ligne (au nom de la transparence) concernant le mécanisme de règlement des différends n'est pas conforme à celles prises officiellement par le ministre lui-même, comment peut-on être certain que ce n'est pas également le cas pour les autres positions exprimées sur le site du Ministère ?

2. Le bilatéralisme

Après avoir déployé beaucoup d'énergie dans la signature de traités de protection et de promotion des investissements au cours de la seconde moitié des années 90, le Canada s'est plutôt consacré à la négociation d'accords plus globaux lors des derniers mois. Ainsi, les négociations ayant eu lieu au cours de l'année 2002 ont concerné des accords de libre-échange visant la libéralisation autant des biens et des services que des investissements et non plus exclusivement la protection et la promotion des investissements, comme ce fut le cas à plusieurs reprises au cours des dernières années.

À cet égard, on doit mentionner que le traité de libre-échange avec le Costa-Rica est entré en vigueur le premier novembre 2002 après que la république centre-américaine eut complété le processus législatif nécessaire à sa mise en œuvre. L'article VIII.2 de l'Accord, qui concerne les investissements, mentionne que « Les Parties notent l'existence de l'Accord entre le gouvernement de la République du Costa Rica et le gouvernement du Canada pour l'encouragement et la protection des investissements, signé à San José, Costa-Rica, le 18 mars 1998 (AEPI) »¹⁰.

¹⁰ *Accord de libre-échange entre le Gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica*, 23 avril 2001, en ligne <http://www.sice.oas.org/trade/canacr/French/index.asp> (entrée en vigueur : le premier novembre 2002), art. VIII.2.

Ce dernier Accord¹¹ reprenait les principes du chapitre 11 de l'ALÉNA, à savoir notamment celui du traitement national et celui de la nation la plus favorisée, l'interdiction d'imposer des obligations de résultats et des règles sur l'expropriation. Il comprenait également un mécanisme de règlement des différends investisseur-État. C'est donc dire que le nouvel Accord ne change pas le droit applicable en matière d'investissements car les entreprises pouvaient déjà bénéficier de règles extrêmement libérales telles que celles existant dans l'ALÉNA et ce, depuis septembre 1999¹².

Dans la même veine, l'année 2002 a été marquée par l'annonce de l'ouverture de négociations commerciales avec trois nouveaux pays ou groupes de pays, à savoir la République Dominicaine, un groupe de quatre pays d'Amérique centrale (le Salvador, le Honduras, le Guatemala et le Nicaragua) et avec les pays Andins (la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela). Considérant que les accords de libre-échange conclus précédemment avec les pays des Amériques contiennent tous des règles sur les investissements tirés du modèle ALÉNA, il y a fort à parier que les accords qui seront éventuellement parachevés avec les pays mentionnés plus haut contiendront également des dispositions similaires. Soulignons que concernant le groupe des pays Andins, des accords de protection et de promotion des investissements sont déjà en vigueur avec deux des pays, c'est-à-dire l'Équateur¹³ et le Venezuela¹⁴.

Enfin, notons que la Commission du libre-échange créée par l'Accord de libre-échange Canada-Chili¹⁵ a émis, le 31 juillet, une note d'interprétation visant à éclaircir certaines dispositions du chapitre G (qui porte sur les investissements) de cet Accord. La Commission a en quelque sorte repris la note qu'avait déjà émise la Commission du libre-échange de l'ALÉNA à la suite de la décision sur le fond du tribunal arbitral au sujet de la poursuite intentée par S.D. Myers¹⁶. Cette note mentionne deux points. D'abord, que rien dans l'Accord ou dans les règlements d'arbitrage n'impose un devoir de

¹¹ Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Costa Rica pour l'encouragement et la protection des investissements, 18 mars 1998, R.T. Can. 1999, no 43 (entrée en vigueur : 29 septembre 1999).

¹² Soulignons qu'il s'agit là de l'un des 21 accords de ce type en vigueur pour le Canada. La liste de ces accords est disponible en ligne sur le site du MAECI : http://www.dfait-maeci.gc.ca/nanac/fipa_list-fr.asp

¹³ *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République d'Équateur pour la promotion et la protection réciproque des investissements*, 29 avril 1996, R.T. Can. 1997, no 25 (entrée en vigueur : 6 juin 1997).

¹⁴ *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Venezuela pour la promotion et la protection des investissements*, premier juillet 1996, R.T. Can. 1998, no 4 (entrée en vigueur : 17 janvier 1997).

¹⁵ *Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*, 5 décembre 1996, 36 I.L.M. 1193 (entrée en vigueur : 5 décembre 1996).

¹⁶ *S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada* (décision partielle) (2000), en ligne, Appleton et associés, <http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf> (date d'accès : 14 novembre 2000), (Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international) (Arbitres : B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter).

confidentialité aux Parties concernant les documents relatifs aux disputes réglés par le mécanisme de règlement des différends investisseur-État. Ensuite, elle se prononce sur la signification de l'article G-05 qui institue la norme minimale de traitement. La note mentionne que celle-ci est conforme au droit international coutumier et que la violation constatée d'une autre disposition de l'Accord ne démontre pas explicitement que l'article sur la norme minimale de traitement a été violée. Cette explication s'inscrit directement dans les débats qui ont culminé lors de la publication de la décision du tribunal arbitral concernant la poursuite de S.D. Myers, intentée en vertu de l'ALÉNA. Dans cette décision, le tribunal mentionnait, au contraire des deux Commissions, que la violation de la règle du traitement national démontrait la violation de la norme minimale de traitement¹⁷. Cette note de la Commission du libre-échange Canada-Chili est un nouvel exemple des liens idéologiques et pratiques extrêmement forts entre les différents accords de libre-échange dans les Amériques et confirme une fois de plus l'existence d'un modèle, l'ALÉNA, sur lequel sont copiées les nouvelles ententes.

3. Le multilatéralisme

Pendant ce temps à l'OMC, rappelons que la Conférence ministérielle de Singapour de 1996 avait mis en place un groupe de travail chargé d'examiner les liens entre le commerce et les investissements¹⁸. Lors de la Conférence ministérielle de Doha, à l'automne 2001, des tentatives avaient été faites par certains pays développés afin d'inclure ce sujet dans les négociations du nouveau cycle de négociation ouvert au même moment¹⁹. Les fortes résistances des pays en développement, menés spécialement par l'Inde, ont toutefois empêché les pays traditionnellement exportateurs de capitaux d'en arriver à leurs fins. Les Membres ont alors convenu « que des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations » et que d'ici là, le Groupe de travail devait poursuivre ses travaux²⁰.

Ces travaux se sont effectivement poursuivis au cours de l'année 2002. Parmi les thèmes les plus importants qui ont été abordés, soulignons la portée et la définition des investissements, le lien entre les investissements et le développement, et le mécanisme de règlement des différends à adopter afin de mettre en application un futur accord. À ce sujet encore la position du Canada est intéressante à évaluer.

Dans une communication soumise le 17 septembre, le gouvernement canadien exposait la position suivante. Évoquant les règles du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (qui établit des règles inter-étatiques, et non investisseur-État), il faisait remarquer que :

On devrait apparemment pouvoir en conclure, premièrement, que le Mémorandum d'accord devrait s'appliquer aussi à tout cadre futur sur les investissements et, deuxièmement, *qu'il serait inopportun d'instituer un autre mécanisme de règlement, par exemple pour les litiges entre les investisseurs et l'État*, lequel mécanisme, selon toute probabilité, vaudrait uniquement pour les obligations et engagements prévus par un cadre multilatéral sur les investissements. Dans cette hypothèse, les dispositions d'un cadre multilatéral pourraient être régies, pour la solution des litiges, par des règles fondamentalement différentes des dispositions relatives aux investissements d'autres Accords de l'OMC comme l'AGCS, l'Accord sur les ADPIC et l'Accord sur les MIC. Dans ce scénario, une distinction arbitraire et artificielle serait faite, par exemple, entre les investissements liés aux services et ceux qui sont liés aux industries manufacturières, distinction qui ne correspondrait pas à la réalité des activités d'investissement.

D'autres arguments militent en faveur du mécanisme de règlement des différends prévu par le Mémorandum d'accord, et le fait que l'OMC a été conçue pour établir des règles et des obligations à l'intention des Membres, et non à l'intention d'instances privées, n'est pas le moindre de ces arguments²¹.

Cette communication est particulièrement intéressante à nos yeux dans le contexte de la position du ministère du commerce international canadien dans les négociations pour la ZLÉA. Nous avons vu que dans ce forum, le Canada semble finalement avoir adopté une position favorable à un mécanisme de règlement des différends investisseur-État. Pourtant, il semble bien que cette position soit différente à l'OMC et qu'il soit opposé à l'utilisation d'un tel mécanisme pour régler les conflits pouvant émerger entre les investisseurs et les États d'accueil. Les statistiques présentées dans le tableau 1 nous aident à mieux comprendre cette position. Globalement, il semble que le Canada aimerait se départir du mécanisme investisseur-État inscrit dans l'ALÉNA mais qu'il soit incapable de convaincre ses partenaires de modifier l'accord en ce sens. Il craint moins d'être lié à une telle disposition dans la ZLÉA puisque les nouveaux États à qui s'appliqueront ce dispositif n'importent que très peu de capitaux au Canada. Au contraire, il aimerait bien que les investisseurs canadiens puissent utiliser ce mécanisme pour protéger leurs investissements à l'étranger. À l'inverse, il craint que les investisseurs des Membres de l'OMC, et particulièrement ceux venant des Communautés européennes et du Japon (qui représentent pour près de 30 % des investissements directs étrangers au Canada),

¹⁷ Sur la décision sur le fond concernant S.D. Myers, voir R. Bachand, *Que penser du résultat de la poursuite de S.D. Myers contre le Canada*, note et étude, GRIC, en ligne : <http://www.gric.uqam.ca>.

¹⁸ OMC, *Déclaration ministérielle de Singapour*, 18 décembre 1996 (WT/MIN(96)/DEC) §20.

¹⁹ Au sujet des débats sur les investissements lors des mois précédents la Conférence ministérielle, ainsi qu'au moment de celle-ci : R. Bachand, « Les investissements : le conflit Nord-Sud » dans C. Deblock (dir.) *L'Organisation mondiale du commerce : Où s'en va la mondialisation*, Montréal, Fidès, 2002, 151.

²⁰ OMC, *Déclaration ministérielle de Doha*, 20 novembre 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1) §20 à 22.

²¹ OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissements, *Communication du Canada*, 17 septembre 2002 (WT/WGTI/W/147), §3 et 4.

puissent utiliser ce mécanisme afin de le forcer à modifier certaines de ses dispositions législatives et réglementaires, comme c'est arrivé à quelques reprises déjà dans le cadre de l'*ALÉNA*. Cette situation explique probablement les variations et les tergiversations dans la politique canadienne.

Conclusion

En terminant, soulevons quelques points à observer au sujet des investissements au cours de l'année qui débute. Au sujet de l'OMC tout d'abord, rappelons que la prochaine année sera marquée par la cinquième réunion ministérielle qui se déroulera du 10 au 14 septembre à Cancun au Mexique. À cette occasion, il sera extrêmement intéressant de voir si le « consensus explicite » dont faisait mention la Déclaration ministérielle de Doha se formera, ce qui permettrait d'entreprendre des négociations sur le sujet des investissements. Si tel est le cas, celles-ci seront intégrées à l'agenda des négociations déjà en cours du cycle du développement, lancé à Doha. L'enjeu, à ce sujet, concernera vraisemblablement la capacité de résistance des pays en développement face à des pays exportateurs de capitaux toujours plus anxieux de protéger leurs investissements de par le monde.

Concernant la ZLÉA, on doit garder en mémoire que l'échéancier prévu pour terminer les négociations fixé pour janvier 2005 approche à grand pas. Les étapes menant à cet objectif risquent d'être moins faciles à franchir que prévu et on est en droit de se questionner sur la possibilité de repousser cette date butoir d'une année, voire d'avantage. Concernant les investissements, il est difficile d'évaluer l'état du consensus mais même si les pays d'Amérique latine ne se sont pas avérés être, à l'OMC par exemple, les plus ardents pourfendeurs de règles libérales sur le sujet, il est évident que certains d'entre eux sont réticents à l'idée d'adopter un cadre normatif calqué sur le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

À propos de l'*ALÉNA*, il est possible que l'on assiste au cours des prochains mois à des décisions concernant des poursuites d'entreprises intentées contre le Canada en vertu du chapitre 11. Parmi elles, la plus attendue est sûrement celle concernant le différend avec UPS. Par ailleurs, l'année sera marquée par la poursuite des négociations le Canada et plusieurs pays ou groupes de pays. Il est possible que certaines de ces négociations débouchent sur des accords instituant de nouvelles zones de libre-échange contenant des dispositions protégeant les investissements. Si c'est le cas, on pourra évaluer le degré de flexibilité des pays d'Amérique latine impliqués afin de spéculer sur les futures règles incluses sur le sujet des investissements à l'intérieur d'une éventuelle ZLÉA.

Sur un plan multilatéral enfin, l'année 2003 pourrait voir entrer les investissements directs dans la liste des sujets concernés par les négociations du nouveau cycle de négociation. Une telle situation serait vue comme une victoire pour plusieurs pays développés qui cherchent depuis plusieurs années à protéger leurs investissements directs par le biais d'un accord à l'OMC.