

Les Cahiers de droit

La révision judiciaire des décisions en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (*Canada c. SD Myers*)

Denis Lemieux et Sabine Mekki



Volume 45, numéro 4, 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043816ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043816ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lemieux, D. & Mekki, S. (2004). La révision judiciaire des décisions en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (*Canada c. SD Myers*). *Les Cahiers de droit*, 45(4), 791–820. <https://doi.org/10.7202/043816ar>

Résumé de l'article

Faisant suite à une sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), relatif aux investissements, le gouvernement du Canada a formulé une demande en révision judiciaire auprès de la Cour fédérale. Le 13 janvier 2004, celle-ci a entériné la sentence arbitrale et a rejeté par la même occasion, la demande du Canada.

Certaines faiblesses dans cette décision peuvent être constatées quant à l'interprétation des articles 1102 et 1110 de l'ALENA et quant à l'évaluation de la sentence arbitrale en fonction de l'ordre public du Canada, alors que le différend relève du droit international. Cette décision ne semble également pas prendre en considération les objectifs des parties à l'ALENA et les exemptions prévues au sein de ce dernier en matière de protection de l'environnement. Dans la mesure où ces distorsions paraissent être causées principalement par l'intrusion du droit national dans un différend se référant au droit international, des solutions de rechange au mécanisme de révision judiciaire sont proposées en vue de pallier les lacunes décelées à l'occasion de l'affaire opposant le gouvernement du Canada à SD Myers.

La révision judiciaire des décisions en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (*Canada c. SD Myers*)

Denis LEMIEUX* et Sabine MEKKI**

Faisant suite à une sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), relatif aux investissements, le gouvernement du Canada a formulé une demande en révision judiciaire auprès de la Cour fédérale. Le 13 janvier 2004, celle-ci a entériné la sentence arbitrale et a rejeté par la même occasion, la demande du Canada.

Certaines faiblesses dans cette décision peuvent être constatées quant à l'interprétation des articles 1102 et 1110 de l'ALENA et quant à l'évaluation de la sentence arbitrale en fonction de l'ordre public du Canada, alors que le différend relève du droit international. Cette décision ne semble également pas prendre en considération les objectifs des parties à l'ALENA et les exemptions prévues au sein de ce dernier en matière de protection de l'environnement. Dans la mesure où ces distorsions paraissent être causées principalement par l'intrusion du droit national dans un différend se référant au droit international, des solutions de rechange au mécanisme de révision judiciaire sont proposées en vue de pallier les lacunes décelées à l'occasion de l'affaire opposant le gouvernement du Canada à SD Myers.

As a follow-up to an arbitral award handed down under the North American Free Trade Agreement (NAFTA), Chapter 11, pertaining to

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

** Étudiante de deuxième cycle, Faculté de droit, Université Laval.

investments, the government of Canada petitioned for judicial review in Federal Court. On January 13, 2004, the Court ratified the arbitral award and on the same occasion, quashed the petition from Canada.

Some weaknesses in this decision may be observed as regards the interpretation of NAFTA sections 1102 and 1110, and as regards the evaluation of the arbitral award based on Canadian public policy, yet the dispute is a matter of international law. This decision also does not seem to take into account the objectives of the NAFTA parties and exemptions provided under the treaty with regard to environmental protection. Insofar as these distortions seem to be caused mainly by an intrusion of national law in a dispute involving international law, replacement solutions to the procedure of judicial review are set forth to compensate for the deficiencies seen in the case opposing the government of Canada to SD Myers.

	<i>Pages</i>
1 Les faits	794
2 La sentence du tribunal arbitral rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALENA	799
3 La décision en révision judiciaire rendue par la Cour fédérale du Canada	801
4 L'analyse critique de la révision judiciaire	803
4.1 L'analyse des erreurs de droit ou de fait par la Cour fédérale	804
4.1.1 L'expropriation	805
4.1.2 Le traitement national	806
4.1.3 L'ordre public national : une référence inappropriée dans le cas d'un différend international	808
4.2 Une décision à l'encontre de certaines exemptions prévues au sein de l'ALENA pour protéger l'environnement	810
4.2.1 La primauté de la <i>Convention de Bâle sur le contrôle des mouve-</i> <i>ments transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination ...</i>	810
4.2.2 Les mesures environnementales	812
4.3 Une décision à l'encontre des objectifs environnementaux des États parties à l'ALENA	813
4.4 Des solutions de rechange en vue d'accroître l'efficacité d'une révision judiciaire	816
Conclusion	820

Depuis quelques années, la communauté internationale a tenté d'édicter des règles multilatérales afin d'assurer la protection des investisseurs étrangers¹. Néanmoins, il existe des difficultés à établir dans ce domaine un traité multilatéral. Malgré tout, les États-Unis, le Mexique et le Canada ont réussi à mettre au point des dispositions et un système de règlement des différends au sein du chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA), qui protège précisément les investisseurs étrangers².

Un tribunal judiciaire est en mesure de statuer sur une demande en révision judiciaire ou en annulation de la sentence arbitrale en vertu du chapitre 11 de l'ALENA³. Le 13 janvier 2004, la Cour fédérale a eu l'occasion de se prononcer sur le bien-fondé de la sentence arbitrale concernant le différend opposant SD Myers Inc., qui a investi au Canada, et le gouvernement du Canada. Elle a confirmé la position du tribunal arbitral qui condamnait le gouvernement canadien à payer des dommages et intérêts à cet investisseur américain. Cette décision soulève cependant certains problèmes au sujet de l'interprétation des dispositions de l'ALENA et de la procédure du règlement des différends conformément au chapitre 11 de l'ALENA. Elle reflète également l'impact des investisseurs étrangers sur le choix des politiques gouvernementales. En effet, la sentence arbitrale a été dûment critiquée, car elle compromettrait la réglementation canadienne en matière de protection de l'environnement⁴.

À la suite du jugement de la Cour fédérale, nous nous demandons en quoi sa décision démontre l'influence des intérêts privés des investisseurs étrangers sur l'action gouvernementale du Canada.

Afin de répondre à cette problématique, notre réflexion s'effectuera en deux étapes. Dans un premier temps, nous présenterons le contexte de l'affaire *SD Myers*, les motifs de la sentence arbitrale et les motifs de la

-
1. CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT DES NATIONS UNIES, *L'investissement étranger direct et le développement dans une économie en voie de mondialisation*, Genève, Nations Unies, TD/B/43/5, 1996, paragr. 8.
 2. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Rapport sur les consultations multisectorielles au sujet du chapitre 11*, Montréal, [En ligne], 2003, [www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/other/mullitsake-nafta-fr.asp.] (12 décembre 2004).
 3. *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2 (ci-après cité : ALENA, art. 1136 (3) b) ii). Hormis l'affaire *SD Myers*, deux sentences arbitrales rendues en vertu du chapitre 11 ont été portées devant un tribunal judiciaire : *Mexique c. Metalclad*, 2001 BCSC 664 (2 mai 2001) (ci-après cité : « affaire *Metalclad* ») ; *Mexique c. Marvin Roy Feldman Karpa*, 03-CV-23500 (Ont. Sup. Ct.) (8 décembre 2003).
 4. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Un tribunal de l'ALENA accorde des dommages et intérêts à SD Myers*, [En ligne], 2002, [webapps.dfait-maeci.gc.ca/minpub/Publication.asp?publication_id=379571&Language=F] (24 février 2004).

décision rendue par la Cour fédérale. Dans un second temps, nous tenterons de démontrer en quoi, selon nous, cette affaire révèle des incohérences par rapport à certains objectifs environnementaux des États parties à l'ALENA et les interprétations des dispositions du chapitre 11 de l'ALENA.

1 Les faits

Avant d'analyser la décision de la Cour fédérale, il nous paraît opportun de procéder à un bref rappel des faits et de préciser quelques points pour mieux saisir l'enjeu d'une telle décision. Le différend oppose le Canada et une entreprise américaine, SD Myers, située à Tallmadge, en Ohio⁵. Fondée par M. Stanley Myers en 1965, l'entreprise a pour principale activité de transformer, de décontaminer et de recycler de l'huile provenant des transformateurs⁶. Parallèlement, aux États-Unis, SD Myers devient l'un des principaux acteurs dans le traitement des déchets contenant des biphenyles chlorés (BPC). Lorsque le marché américain a décliné, SD Myers s'est étendue à l'étranger⁷. Ainsi, l'expansion de cette entreprise s'est déroulée en Australie, au Mexique et en Afrique du Sud⁸. En 1993, elle ouvre également une succursale au Canada en vue de décontaminer et de traiter les déchets contenant des BPC. Au Canada, Chem-Security, qui a été créée en 1993 en Alberta, est l'unique concurrent de SD Myers. Soulignons que, auparavant, ce type d'industrie était inexistant au Canada⁹.

La perte du marché canadien pour SD Myers est directement liée à sa principale activité, c'est-à-dire le traitement des déchets contenant des BPC. Ceux-ci sont utilisés dans les équipements électriques, par exemple les transformateurs¹⁰. Ils ne sont pas fabriqués au Canada, mais depuis 1930 les BPC sont importés des États-Unis puis traités au Canada¹¹. Les BPC sont difficilement détruits, que ce soit par des produits chimiques ou par des procédés naturels¹². À ce jour, le mode de destruction le plus efficace

5. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, décision partielle du tribunal arbitral de l'ALENA, 13 novembre 2000, paragr. 93.

6. *Id.*, paragr. 89-91.

7. *Id.*, paragr. 93.

8. *Id.*, paragr. 109.

9. *Id.*, paragr. 92-112.

10. *Ibid.*

11. *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, UNEP/IG.80/3, 22 mars 1989 (ci-après citée : « Convention de Bâle »).

12. *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, (1997) 131 Gaz. Can. II, 613.

demeure l'incinération¹³. Étant difficilement biodégradables, les BPC peuvent être décelés dans la chaîne alimentaire¹⁴. Ils sont nocifs pour l'environnement et s'y dispersent très facilement. En effet, nous pouvons les détecter dans la région des Grands Lacs ou dans des régions aussi éloignées que l'Arctique¹⁵. Or, les déchets contenant des BPC sont situés au Québec et en Alberta¹⁶.

Dès les années 70, la communauté internationale qualifie les BPC de substances hautement toxiques¹⁷. De plus, en février 1973, le conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) recommande à ses membres de réduire l'utilisation des BPC et d'augmenter leur contrôle dans le but de protéger la santé humaine et l'environnement¹⁸. En 1977, le Canada ajoute les BPC à la liste des substances toxiques et interdit leur utilisation dans de nouveaux produits manufacturés¹⁹. En 1986, le Canada et les États-Unis concluent l'*Accord transfrontière concernant les déplacements transfrontières de déchets dangereux*²⁰. Cette réglementation permet d'assurer la surveillance des mouvements de déchets. À noter que cet accord n'a pas pour objet d'interdire ce type de traitements²¹.

En outre, les appréhensions de la communauté internationale au sujet du commerce et de l'élimination des déchets dangereux conduiront à l'élaboration de la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination* sous l'égide du Programme des Nations Unies pour l'environnement²². Cet instrument international doit permettre de contrôler le mouvement transfrontière et l'élimination des déchets dangereux. Lors de son adoption, il s'agit d'un simple mécanisme de contrôle²³. Par ailleurs, cette convention prohibe

13. CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT DES NATIONS UNIES, *op. cit.*, note 1, paragr. 94.

14. *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, précité, note 12, 14.

15. *Ibid.*

16. CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT DES NATIONS UNIES, *op. cit.*, note 1, paragr. 112.

17. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 98.

18. *Id.*, paragr. 99.

19. *Id.*, paragr. 100.

20. *Accord entre le gouvernement canadien et le gouvernement des États-Unis concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux*, signé à Ottawa, le 28 octobre 1986 (ci-après cité : « Accord entre le Canada et les États-Unis de 1986 »).

21. C. DOMMEN et P. CULLET, *Droit international de l'environnement : textes de base et de référence*, Londres et Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 679.

22. Convention de Bâle, précitée, note 11.

23. C. DOMMEN et P. CULLET, *op. cit.*, note 21, p. 679.

l'exportation et l'importation de déchets dangereux avec tous les États non parties à la Convention de Bâle, sauf dans le cas d'un accord régional ou multilatéral comme celui qui a été conclu en 1986 entre les États-Unis et le Canada²⁴. Cette convention oblige donc le Canada à s'assurer que les déchets contenant des BPC sont détruits de manière appropriée et dans le respect de l'environnement²⁵. En effet, cette convention interdit le commerce transfrontière des déchets dangereux avec des États non parties à la Convention, sauf s'il existe un accord bilatéral, comme l'Accord canado-américain de 1986²⁶. Le 22 mars 1989, le Canada signe cette convention. Il la ratifie le 28 août 1992²⁷. En revanche, les États-Unis n'ont pas encore signé cette convention.

Après l'adoption de la Convention de Bâle, plusieurs accords régionaux ont été élaborés, notamment la *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique*²⁸. Il semble donc admis par l'ensemble de la communauté internationale qu'il est nécessaire de contrôler l'exportation et l'importation de ces substances dangereuses. Néanmoins, les réglementations nationales des États-Unis et du Canada n'ont pas été aussi claires. De par ce fait, le commerce des déchets contenant des BPC entre les États-Unis et le Canada a connu de nombreuses fluctuations et rend incertain ce type de marchés.

L'activité de SD Myers l'oblige à exporter les déchets au Canada. Son commerce dépend donc entièrement de l'ouverture des frontières canado-américaines. De 1980 à 1995, la situation est la suivante : les États-Unis prohibent l'importation et l'exportation de BPC, ainsi que la vente des déchets de BPC, alors que le Canada l'autorise. Néanmoins, une porte ouverte existe quant au commerce transfrontière des déchets contenant des BPC. En effet, l'Agence de protection environnementale (ou EPA²⁹) prévoit une

24. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 106.

25. Convention de Bâle, précitée, note 11, paragr. 4 (2) ; J. DE PENCIER, B. EVERNDEN (procureurs du Canada), *SD Myers inc. et le gouvernement du Canada*, mémoire de défense, Ottawa, Canada, le 18 juin 1999, paragr. 20 c).

26. Convention de Bâle, précitée, note 11, art 11. *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux*, Canada, Recueil des traités, 1986, n° 39 (ci-après cité : « Accord canado-américain de 1986 »).

27. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 105.

28. *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique*, Bamako, 30 janvier 1991.

29. Le sigle « EPA » signifie : Environmental Protection Agency.

période d'exemption d'une durée de un an pour ce type de commerce. Cette dispense s'applique à condition que le transport des BPC n'implique pas un risque déraisonnable pour la santé humaine et l'environnement³⁰.

Or, en décembre 1994, l'EPA souhaite restreindre l'importation et l'exportation des déchets contenant des BPC³¹. L'exemption existante est donc compromise. Malgré tout et à la suite, notamment, des pressions de SD Myers, le 26 octobre 1995, l'EPA décide de ne pas faire appliquer une telle limitation afin d'éviter de porter préjudice aux activités de SD Myers³². Cette autorisation permet donc à SD Myers d'exporter librement ce type de déchets. Or, le Canada va fermer ses frontières du 16 novembre 1995 jusqu'en février 1997³³. En effet, le ministère de l'Environnement du Canada adopte un ordre intérimaire le 16 novembre 1995, qui interdit l'exportation des déchets contenant des BPC au Canada. Le 26 février 1995, le gouverneur général signe un ordre final qui interdit l'exportation des BPC³⁴. Par la suite, un règlement définitif est publié, le 7 février 1997. Ce règlement veut accroître les installations destinées à traiter et à détruire les déchets contenant des BPC tout en prenant garde de ne pas nuire à l'environnement. Néanmoins, il ne fait pas l'objet de la plainte de SD Myers. La difficulté d'harmoniser la réglementation sur l'exportation des déchets contenant des BPC entre le Canada et les États-Unis crée donc certaines distorsions.

En effet, SD Myers estime que l'ordre intérimaire donné par le gouvernement du Canada lui cause une perte d'occasions d'affaires au Canada. De ce fait, le 22 juillet 1998, SD Myers notifie au gouvernement son intention de soumettre une plainte en arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALENA³⁵. Après l'échec des consultations et des négociations entre les parties³⁶, le 30 octobre 1998, SD Myers dépose une plainte à l'encontre de l'ordre intérimaire. Le 14 janvier 2000, le Mexique notifie au tribunal arbitral son intention de participer au différend³⁷. Lors de la constitution du tribunal arbitral, une procédure pour récusation est mise en œuvre. En effet,

30. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 102.

31. Convention de Bâle, précitée, note 11.

32. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 119-120.

33. *Id.*, paragr. 101 et 123-128.

34. *Id.*, paragr. 123 et 126.

35. MINISTÈRE DU COMMERCE INTERNATIONAL CANADA, *Chronologie du chapitre 11 de l'ALENA-SD Myers inc.*, [En ligne], février 2001, [www.dfait-macchi.gc.ca/tna-nacl/NAFTA-f.asp] (24 février 2004).

36. ALENA, précité, note 3.

37. *Id.*, art. 1128.

le 3 juin 1999, Bob Rae, nommé arbitre, doit notifier au tribunal arbitral sa récusation en raison d'un conflit d'intérêts. Le 24 juin 1999, le tribunal arbitral est constitué officiellement par Edward Chiasson, de Vancouver, et Bryan Schwartz, du Manitoba. Les deux parties s'entendent sur la nomination comme arbitre en chef de Martin Hunter, du Royaume-Uni³⁸.

SD Myers allègue donc que l'ordre intérimaire lui cause une perte d'occasions d'affaires et de contrats³⁹. Elle estime également que l'interdiction du Canada est une mesure discriminatoire envers les investisseurs américains⁴⁰. D'après SD Myers, le Canada était conscient que cette mesure nuirait aux investissements étrangers. Celle-ci ne respecte donc pas l'obligation de traitement national prévue dans l'article 1102 de l'ALENA⁴¹. SD Myers soutient que le Canada a agi de manière injuste et inéquitable, ce qui est contraire à l'article 1105 de l'ALENA⁴², relatif à la norme minimale de traitement des investisseurs étrangers. L'obligation de cette entreprise de traiter les BPC sur le territoire canadien équivaut à une prescription de résultats contraire à l'article 1106 de l'ALENA. De plus, aucune indemnisation n'a été octroyée à SD Myers. Le Canada n'a donc pas respecté ses engagements en vertu de l'article 1110 de l'ALENA⁴³.

En défense, le Canada estime que l'ordre intérimaire n'est pas une mesure touchant les investisseurs et les investissements chez lui⁴⁴. Il affirme que SD Myers offre des services et non des biens. Le chapitre 11 de l'ALENA ne doit donc pas s'appliquer. La plainte devrait plutôt être instituée en vertu du chapitre 12⁴⁵, relatif au commerce transfrontière des services. De plus, le chapitre 11 ne prévaut pas sur les engagements internationaux, notamment ceux qui sont prévus au sein de la Convention de Bâle et de l'accord transfrontière conclu entre les États-Unis et le Canada⁴⁶. Le Canada a allégué que les BPC n'étaient pas inclus dans l'Accord canado-américain de 1986, argument qui sera rejeté par le tribunal arbitral. D'après le Canada, la mesure provisoire ne permet plus l'exportation de BPC sans aucune discrimination. Le traitement national est donc respecté⁴⁷. En outre, l'ordre intérimaire n'a pas pour effet d'accorder une

38. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 29-32.

39. *Id.*, paragr. 222.

40. *Id.*, paragr. 129-131 et 236.

41. *Id.*, paragr. 131-132.

42. *Id.*, paragr. 135-136.

43. *Id.*, paragr. 137-143.

44. *Id.*, paragr. 145-146.

45. *Id.*, paragr. 159.

46. *Id.*, paragr. 150.

47. *Id.*, paragr. 241.

prescription pour l'achat de biens et de services canadiens. Dans l'hypothèse où la mesure provisoire violerait l'article 1106 de l'ALENA, le Canada soutient que l'exemption de cet article doit s'appliquer, car ladite mesure concerne la protection de la santé humaine, des animaux et des plantes. Il allègue aussi que l'ordre intérimaire ne constitue pas une mesure d'expropriation. La mesure provisoire ne donne donc pas lieu à une indemnisation⁴⁸.

Dans un premier temps, le tribunal arbitral doit donc établir si le chapitre 11 de l'ALENA peut s'appliquer à ce différend. Si tel est le cas, il devra statuer à savoir si :

l'arrêt d'urgence émis par le Canada équivaut à une expropriation en regard de l'article 1110 de l'ALENA, qui définit ce que constitue une telle mesure et prévoit le versement d'une indemnité en pareil cas ;

le gouvernement canadien a accordé un traitement moins favorable à SD Myers ;

le Canada a octroyé un traitement juste et équitable à SD Myers, tel que prévu à l'article 1105 de l'ALENA ;

l'ordre intérimaire est incompatible avec l'article 1106 de l'ALENA, qui interdit les prescriptions de résultats, ou s'il est justifié, dans la mesure où il vise la protection de l'environnement et de la santé humaine.

2 La sentence du tribunal arbitral rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALENA

À la suite de ce différend, le tribunal arbitral prononce une décision finale le 13 novembre 2000. Dans un premier temps, il doit statuer sur l'applicabilité du chapitre 11 de l'ALENA. Il qualifie SD Myers comme étant un investisseur étranger et ses activités comme un investissement au sens du chapitre 11 de l'ALENA. L'ordre intérimaire concerne donc un investisseur étranger⁴⁹. Ainsi, les dispositions du chapitre 12 sont cumulatives avec celles du chapitre 11 et ne peuvent les remplacer.

En ce qui concerne la compatibilité de l'ordre intérimaire avec le principe du traitement national de l'article 1102 de l'ALENA, le tribunal arbitral conclut que l'expression « dans les mêmes circonstances » inclut les acteurs canadiens agissant dans le même secteur que SD Myers⁵⁰. Il s'agit, en l'espèce, de Chem-Security et de Cintec⁵¹. En outre, l'analyse du

48. *Id.*, paragr. 154-157.

49. *Id.*, paragr. 222, 232 et 320-321.

50. *Id.*, paragr. 250-251. *Pope & Talbot c. Gouvernement du Canada*, décision partielle du tribunal arbitral de l'ALENA, 26 juin 2000, paragr. 44.

51. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 251.

traitement national est fondée sur l'intention politique du gouvernement canadien. Le tribunal arbitral estime que SD Myers était en bonne position pour accaparer les parts de marché des entreprises canadiennes dans le secteur du traitement des déchets contenant des BPC. Il en déduit que cette mesure n'a pas pour objet une protection environnementale. L'application des objectifs de la Convention de Bâle est plutôt considérée comme un objectif indirect⁵². L'ordre intérimaire est qualifié comme ne respectant pas l'obligation prévue par l'article 1102 de l'ALENA⁵³. En d'autres termes, la mesure est dite protectionniste.

Étant donné que le tribunal arbitral constate que l'ordre intérimaire est contraire à l'article 1102 de l'ALENA, il conclut également à un manquement à l'article 1105 de l'ALENA⁵⁴. Le tribunal arbitral considère cette disposition comme le plancher minimal de traitement des investisseurs d'une autre partie.

Afin de savoir si l'ordre intérimaire équivaut à une expropriation, le tribunal arbitral a eu l'occasion d'interpréter l'article 1110 de l'ALENA. De ce fait, il souligne que l'expropriation par une autorité gouvernementale peut être *de facto* ou *de jure* et partielle ou temporaire⁵⁵. De plus, l'interprétation de l'article 1110 de l'ALENA peut se faire selon la pratique internationale et les textes internationaux. En outre, l'expropriation indirecte nécessite l'évaluation d'une mesure, et ses effets doivent équivaloir à ceux de l'expropriation directe⁵⁶. Bien que l'ordre intérimaire impose des restrictions à SD Myers, il faut également établir une perte d'occasions d'affaires et l'effet réel de cette mesure. En pratique, l'ordre intérimaire n'a pas permis au Canada de profiter d'un quelconque bénéfice. De plus, l'occasion d'affaires a simplement été reportée, car l'ordre intérimaire n'était pas permanent. Ainsi, la perte d'occasions d'affaires et l'impact négatif de cette mesure ne peuvent pas être constatés. Par conséquent, le tribunal arbitral conclut que l'ordre intérimaire n'équivaut pas à une expropriation prohibée par l'article 1110 de l'ALENA⁵⁷.

L'interdiction d'exportation des BPC est considérée par le tribunal arbitral comme non incluse dans l'article 1114 de l'ALENA, qui permet l'adoption, le maintien et la mise en œuvre de mesures environnementales.

52. *Id.*, paragr. 255.

53. *Id.*, paragr. 256.

54. *Id.*, paragr. 258-269.

55. *Id.*, paragr. 280.

56. C. LEVESQUE, « Distinction entre l'expropriation et la réglementation », (2003) 33 *R.G.D.* 70.

57. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 283-288.

Cependant, le chapeau de l'article xx b) de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* ou *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) de 1994 ne permet pas d'inclure la mesure gouvernementale⁵⁸. Le tribunal arbitral juge donc que la sauvegarde de l'environnement aurait pu être pleinement assurée sans fermer les frontières⁵⁹.

Finalement, le tribunal arbitral condamne le Canada à payer des dommages et intérêts d'une valeur égale à 8,2 millions de dollars à SD Myers, car l'ordre intérimaire est incompatible avec les articles 1102 et 1105 de l'ALENA⁶⁰.

3 La décision en révision judiciaire rendue par la Cour fédérale du Canada

Insatisfait de la décision rendue dans SD Myers, le Canada entame une procédure en révision en vertu du *Code sur l'arbitrage commercial* en vigueur au Canada⁶¹. En effet, il est possible de réviser une sentence arbitrale rendue à la suite d'un différend entre un investisseur étranger et un État. Néanmoins, ce recours est soumis à certains motifs d'annulation. Ainsi, le tribunal peut statuer sur l'annulation de la sentence dans la mesure où une partie la demande pour l'un des motifs suivants : vice dans la constitution du tribunal, excès de pouvoir manifeste, corruption, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, défaut de motivation ou si la décision est contraire à l'ordre public du Canada⁶².

58. L'article xx b) permet l'adoption de mesures gouvernementales destinées à protéger la santé publique et l'environnement. Ces restrictions à la libre circulation des produits peuvent ainsi être justifiées, pourvu qu'elles soient raisonnables eu égard à l'objectif légitime recherché.

59. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 298.

60. E. DESROSIERS, *Condamné en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, le Canada devra verser 8, 2 millions à SD Myers*, [En ligne], 22 octobre 2002, [www.ledevoir.com/2002/10/22/11740.html] (16 février 2004).

61. P. PETTIGREW, *Le Canada présente une requête pour faire annuler la décision du tribunal de l'ALENA dans l'arbitrage SD Myers*, [En ligne], 2001, [webapps.dfait-maeci.gc.ca/minpub/Publication.asp?FILEsPEC=/Min_Pub_Docs/1039.0.9] (24 février 2004). *Canada c. SD Myers*, 2004 CF-38, paragr. 21 (13 janvier 2004) : « La présente demande de contrôle judiciaire est présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial*, fondé sur la « Loi type sur l'arbitrage commercial international » adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 et qui a reçu force de loi au Canada par l'effet de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, applicable expressément à la plainte soumise à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. »

62. *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), ch. 17 (2^e suppl), art. 34 (ci-après citée : « Code sur l'arbitrage commercial »).

Le 8 février 2001, le Canada demande à la Cour fédérale l'annulation de la décision émise du tribunal arbitral⁶³. De plus, le Conseil des Canadiens, le Sierra Club du Canada et Greenpeace s'adressent à la Cour fédérale le 22 mars 2001 pour demander l'autorisation de participer à l'instance. Ces organisations souhaitent intervenir notamment pour faire déterminer si la Convention de Bâle a préséance sur l'ALENA. Or, le Canada ne soulevé pas cette question dans sa demande en révision judiciaire. Aussi, la Cour fédérale estime-t-elle que ces organisations ne possèdent aucune expertise pour intervenir dans cette affaire⁶⁴.

Dans sa demande d'annulation, le Canada allègue que le tribunal arbitral a outrepassé sa compétence. Celui-ci aurait aussi commis une erreur de droit en interprétant les dispositions de l'ALENA de manière à qualifier SD Myers comme un investisseur ayant effectué un investissement au Canada. Pour cette raison, le Canada soutient que le tribunal arbitral a mal interprété les articles 1102 et 1105 de l'ALENA⁶⁵.

La Cour fédérale doit statuer à savoir si :

- 1) le tribunal arbitral a commis une erreur de droit en qualifiant SD Myers d'investisseur étranger et ses activités comme un investissement au sens du chapitre 11 de l'ALENA. Il aurait peut-être fallu appliquer le chapitre 12 de l'ALENA ;
- 2) le litige échappe à la portée du chapitre 11 de l'ALENA parce qu'il suppose qu'une société américaine se trouve dans des « circonstances analogues » par rapport à une société canadienne au sens de l'article 1102 ;
- 3) la sentence est contraire à l'ordre public canadien du fait qu'elle conclut que le Canada aurait dû permettre l'exportation de BPC aux États-Unis ;
- 4) le tribunal arbitral a commis une erreur en concluant qu'un manquement à l'article 1102 constitue un manquement à l'article 1105 de l'ALENA.

La Cour fédérale souligne qu'une révision judiciaire ne porte pas sur des faits nouveaux. Or, le Canada n'a pas contesté de manière expresse devant le tribunal arbitral la compétence de ce dernier. La Cour fédérale refuse donc de statuer sur ce point. En outre, elle croit que l'approche pragmatique et fonctionnelle ne doit pas permettre la création de critères

63. P. PETTIGREW, *op. cit.*, note 61.

64. *Canada c. SD Myers*, 2001 CFPI-317, paragr. 2 (11 avril 2001).

65. *Canada c. SD Myers*, précité, note 61.

supplémentaires à ceux qui sont prévus par l'article 34 du *Code sur l'arbitrage commercial*⁶⁶. De plus, la Cour fédérale estime que la qualification d'un investissement et d'un investisseur n'équivaut pas à une contestation de la compétence du tribunal d'arbitrage. Il s'agit plutôt d'une question de fait et de droit dans l'exercice de cette compétence⁶⁷. En outre, la Cour fédérale pense que le conflit potentiel que le tribunal arbitral doit trancher entre les chapitres 11 et 12 n'est pas pertinent, car ces deux chapitres sont cumulatifs⁶⁸.

En ce qui concerne l'interprétation de l'article 1102 de l'ALENA, qui édicte le principe du traitement national, la Cour fédérale entérine la conclusion du tribunal arbitral. Ce dernier a comparé un investisseur américain, SD Myers, avec deux acteurs canadiens, soit Chem-Security et Cintex. La Cour fédérale conclut que le tribunal arbitral a agi de manière raisonnable. Néanmoins, l'expression « dans les mêmes circonstances » est une question mixte de droit et de fait, qui doit être interprétée au cas par cas⁶⁹.

Par ailleurs, la Cour fédérale refuse de statuer sur l'opinion du tribunal arbitral concernant l'article 1105 de l'ALENA. Elle estime également n'avoir aucune compétence pour décider si le tribunal arbitral a commis une erreur de droit en concluant que le non-respect de l'article 1102 de l'ALENA entraîne l'inobservation de l'article 1105 de l'ALENA.

De plus, la Cour fédérale est d'avis que l'ordre public ne se réfère pas aux positions politiques du Canada sur le plan tant national qu'international mais plutôt à des principes généraux du droit⁷⁰, y compris le fait qu'un tribunal ne doit pas excéder sa compétence ni rendre une décision manifestement déraisonnable. Ainsi, la sentence arbitrale n'est pas contraire à l'ordre public du Canada et au droit international⁷¹. Finalement, la Cour fédérale entérine la sentence arbitrale et rejette la demande du Canada.

4 L'analyse critique de la révision judiciaire

Certaines critiques peuvent être formulées à l'égard de cette révision judiciaire. Dans un premier temps, nous analyserons l'interprétation des points de droit soulevés par la Cour fédérale ou le tribunal arbitral. Dans

66. *Id.*, paragr. 39.

67. *Id.*, paragr. 49-53. Ce principe est également énoncé dans : A. REDFERN et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 423.

68. *Canada c. SD Myers*, précité, note 61, paragr. 76.

69. *Id.*, paragr. 74.

70. *Id.*, paragr. 55.

71. *Id.*, paragr. 26.

un second temps, nous examinerons la pertinence d'opter pour l'ordre public national dans le cas d'un différend international. Puis nous établirons que cette décision semble être à contre-courant de certaines exemptions prévues au sein de l'ALENA, telles que la primauté de la Convention de Bâle en cas d'incompatibilité avec les dispositions de l'ALENA et celles qui sont prévues par l'article 1114 de l'ALENA. Nous tenterons de démontrer en quoi, selon nous, cette décision s'écarte des objectifs environnementaux des États parties à l'ALENA. Enfin, nous proposerons certaines solutions de rechange qui permettraient d'assurer l'efficacité d'une révision judiciaire.

4.1 L'analyse des erreurs de droit ou de fait par la Cour fédérale

Comme nous l'avons vu précédemment, une révision judiciaire peut porter sur une erreur manifestement déraisonnable de fait ou de droit commise par le tribunal arbitral⁷². D'ailleurs, le droit d'appel d'une sentence arbitrale est également constaté au sein de l'*Arbitration Act 1996*⁷³. Dans le contexte d'une révision judiciaire, la jurisprudence canadienne et l'affaire *Metalclad* prônent une approche fonctionnelle et pragmatique en vertu de l'arrêt *Pushpanathan*, applicable en droit administratif⁷⁴. Dans l'arrêt *Feldman*, le juge est censé refuser d'adopter l'approche fonctionnelle en alléguant qu'elle ne peut être appliquée en vertu de l'article 34 du *Code sur l'arbitrage commercial*⁷⁵. Nous sommes d'accord avec la position de la Cour fédérale. En effet, la mission de surveillance des cours supérieures n'est pas la même en matière d'arbitrage commercial et en droit administratif. Dans le premier cas, le rôle de la Cour fédérale est de protéger les parties et d'assurer le respect de certaines valeurs fondamentales. Dans le second cas, les cours doivent également s'assurer que le décideur administratif respecte son mandat et l'ensemble des règles de droit reconnues en

72. « Code sur l'arbitrage commercial », précité, note 62, art. 34. Affaire *Metalclad*, précitée, note 3, paragr. 42 et 56.

73. *Arbitration Act 1996*, (R.-U), 1996, c. 23, art. 69 et art. 82, cités dans A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 67, p. 436.

74. *Pushpanathan c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Selon cette approche, les tribunaux doivent considérer quatre facteurs pour déterminer la norme de contrôle applicable à une décision : 1) l'absence ou l'existence de restrictions législatives au contrôle judiciaire ; 2) l'objet de la loi ; 3) la nature de la question en litige ; et 4) l'expertise du décideur. L'appréciation globale de ces facteurs conduit à l'adoption de l'une des trois normes de contrôle suivantes : la décision correcte, la décision déraisonnable ou la décision manifestement déraisonnable.

75. Affaire *Metalclad*, précitée, note 3, paragr. 35-40.

droit interne⁷⁶. Lors de la révision judiciaire, la Cour fédérale s'est prononcée sur certaines erreurs de droit ou de fait. L'analyse de cette décision, par comparaison avec d'autres interprétations, s'avère intéressante.

4.1.1 L'expropriation

L'article 1110 de l'ALENA illustre la difficulté de concilier le pouvoir réglementaire de l'État et l'expropriation⁷⁷. La nécessité de restreindre l'atteinte au droit de propriété s'est fait ressentir à la suite du mouvement de nationalisations au début du xx^e siècle⁷⁸. L'expropriation ou la nationalisation d'un investissement est prohibée, sauf dans des circonstances précises⁷⁹, par exemple pour des raisons d'intérêt public, si l'expropriation est effectuée sur une base non discriminatoire ou conformément à l'application de la législation nationale et de l'article 1105 (1) de l'ALENA. Une mesure d'expropriation ne sera justifiée que moyennant l'octroi d'une indemnité à l'exproprié. Les conditions précitées sont cumulatives.

Dans l'affaire *SD Myers*, la position du tribunal arbitral nous semble justifiée, car l'absence de précision de la perte d'occasion d'affaires ne permet pas d'évaluer en quoi l'ordre intérimaire a interféré avec la jouissance de la propriété de SD Myers. Néanmoins, une interprétation différente par le tribunal arbitral aurait probablement permis de justifier la mesure prise par le Canada en vertu de l'intérêt public. La Cour fédérale aurait également pu se prononcer sur ce point dans la mesure où le Canada aurait allégué une erreur quant à l'interprétation de la mesure contestée par SD Myers et de l'article 1110 de l'ALENA. En effet, supposons qu'une expropriation indirecte ait été constatée. L'intérêt public aurait peut-être justifié la perte d'occasions d'affaires subie par SD Myers. De ce fait, la mesure prise par le Canada en vue d'interdire les exportations des déchets de BPC n'aurait jamais été qualifiée de protectionniste. Par la même occasion, les objectifs en matière de l'environnement concernant la gestion rationnelle des BPC, qui font l'objet d'un développement ultérieur à la section 4.2 du présent texte, auraient primé probablement l'intérêt privé de SD Myers. Ainsi, la décision aurait sans doute été plus compatible avec les objectifs environnementaux des États parties énoncés précédemment, car

76. À titre d'exemple, comparer les articles 846 et 964.4 du *Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25.

77. C. LEVESQUE, *loc. cit.*, note 56, 62.

78. *Id.*, 61.

79. N.G. HORLICK et F.A. DEBUSK, « Dispute Resolution under NAFTA : Building on the US-Canada FTA, GATT and ICS », (1993) 1 *J.W.T.* 27, 22.

la mesure prise pour protéger l'environnement l'aurait emporté sur l'intérêt de l'investisseur *SD Myers*.

4.1.2 Le traitement national

Le traitement national est une obligation fondamentale énoncée au sein du chapitre 11⁸⁰. Quand une mesure est qualifiée de protectionniste, la partie contrevient à l'article 1102 de l'ALENA. Cette obligation protège les investisseurs et les investissements étrangers⁸¹.

Depuis, certaines précisions ont été ajoutées à cette définition. L'investissement doit être situé sur le territoire de la partie qui accorde le traitement national⁸². La formulation « en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissement » démontre l'intention d'interpréter libéralement l'article 1102 de l'ALENA⁸³. Dans l'affaire *Pope & Talbot*, il a été admis que les paragraphes (1), (2) et (3) de l'article 1102 de l'ALENA ne doivent pas être pris en considération de manière distincte⁸⁴. Autrement dit, l'article 1102 de l'ALENA doit être considéré dans son ensemble. L'infraction peut être *de jure* ou *de facto*⁸⁵. Dans l'affaire *Pope & Talbot*, il a été reconnu qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un désavantage disproportionné pour conclure à une violation de l'article 1102 de l'ALENA contrairement aux décisions rendues au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁸⁶. Nous pouvons constater que la décision du tribunal arbitral dans l'affaire *SD Myers* ne semble pas incompatible

80. M.D. PRICE et B. CHRISTY, « An Overview on the NAFTA Investment Chapter Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement », dans J.H. BELLO, A.F. HOLMER, J.J. NORTON, *The North American Free Trade Agreement: A New Frontier in International Trade and Investment in the Americas*, Washington, American Bar Association and International Lawyer, Section of International Law and Practice, 1994, p. 174.

81. ALENA, précité, note 3, art. 1102 (1) : « Chacune des parties doit accorder aux investissements d'une autre partie un traitement non moins favorable dans des circonstances similaires 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'investissement. »

82. COMITÉ AD HOC D'EXPERTS SUR LES RÈGLES D'INVESTISSEMENT, *Les disciplines essentielles de l'obligation de traitement national dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA*, [En ligne], 2001, [www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/treatment-fr.asp] (4 avril 2004).

83. *ADF Groupe Inc. c. Gouvernement des États-Unis*, décision du tribunal arbitral de l'ALENA, 9 janvier 2003, paragr. 152.

84. *Pope & Talbot c. Gouvernement du Canada*, précité, note 50, paragr. 42.

85. *ADF Groupe Inc. c. Gouvernement des États-Unis*, précité, note 83, paragr. 152.

86. *Pope & Talbot c. Gouvernement du Canada*, précité, note 50, paragr. 42.

avec ces interprétations. Il existerait donc une certaine cohérence jurisprudentielle lors de l'interprétation de cet article sans pour autant que le tribunal arbitral prenne en considération les sentences arbitrales rendues précédemment de manière systématique.

Dans l'affaire *SD Myers*, l'interprétation de l'expression « dans les circonstances similaires » est contraire à celle qui a été formulée le 2 décembre 2001 par le Comité *ad hoc* d'experts sur les règles d'investissement. En effet, ce dernier a suggéré d'établir « les circonstances similaires » avant d'analyser si l'investisseur ou l'investissement a subi un « traitement non moins favorable »⁸⁷. Malgré cette définition, le Comité *ad hoc* d'experts sur les règles d'investissement a constaté que le tribunal arbitral a comparé en tant que « circonstances similaires » une entreprise américaine avec deux entreprises canadiennes. Le Comité *ad hoc* estime que ce type d'examen ne doit pas avoir une portée extraterritoriale⁸⁸. Or, à son avis, cela aurait été le cas dans l'affaire *SD Myers*. Le Comité *ad hoc* croit que cette comparaison est contraire aux intentions des États parties à l'ALENA⁸⁹. Il est regrettable dans ce cas précis que ni le tribunal arbitral ni la Cour fédérale n'aient tenu compte de la position du Comité *ad hoc*.

Concernant le différend opposant *SD Myers* au gouvernement du Canada, le tribunal arbitral a aussi admis qu'une violation de l'article 1102 de l'ALENA entraîne également une violation de l'article 1105 de l'ALENA⁹⁰. La Cour fédérale a entériné cette conclusion. Or, nous pouvons nous demander si le tribunal arbitral a commis une erreur manifestement déraisonnable. En effet, la Commission du libre-échange a déclaré que la constatation de la violation d'une disposition de l'ALENA ou d'un autre accord international n'implique pas une violation de l'article 1105 (1) de l'ALENA⁹¹. Bien que la jurisprudence arbitrale ne s'entende pas sur la valeur des directives de la Commission du libre-échange, il n'en demeure pas moins que cette interprétation lie le tribunal arbitral⁹². Il semble évident que ce dernier a commis une erreur de droit en ne respectant pas ces consignes.

87. COMITÉ AD HOC D'EXPERTS SUR LES RÈGLES D'INVESTISSEMENT, *op. cit.*, note 82.

88. *Ibid.* ; ALENA, précité, note 3, art. 1101 (1) b).

89. COMITÉ AD HOC D'EXPERTS SUR LES RÈGLES D'INVESTISSEMENT, *op. cit.*, note 82.

90. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 252-257.

91. COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE, *Note d'interprétation*, [En ligne], 2001, [www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp] (2 avril 2004).

92. ALENA, précité, note 3, art. 1131 (2). *Loewen c. Les États-Unis*, décision du tribunal arbitral de l'ALENA, 26 juin 2003, paragr. 131.

4.1.3 L'ordre public national : une référence inappropriée dans le cas d'un différend international

Dans une révision judiciaire rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, la sentence arbitrale ne doit pas être contraire à l'ordre public de l'État où la révision judiciaire a lieu⁹³. D'ailleurs, la Convention de New York⁹⁴ invite également le juge à contrôler la sentence conformément à l'ordre public du *for*⁹⁵. Rappelons que l'ordre public se caractérise par un ensemble de règles de droit d'intérêt général, qui sont impératives et auxquelles nul ne peut déroger par l'entremise d'une convention particulière⁹⁶. Dès le XIX^e siècle, l'idée d'un ordre public international est progressivement favorisée⁹⁷. Cet ordre inclut de nos jours les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées, l'expression morale et des conceptions internationales⁹⁸. Dans une sentence arbitrale, les arbitres se réfèrent aux règles du droit international, comme le précise d'ailleurs l'article 1131 de l'ALENA⁹⁹.

Certes, l'ordre public est un critère qui permet d'évaluer s'il est nécessaire d'annuler la sentence. C'est aussi un moyen permettant de justifier la privation du droit de propriété en vertu de l'intérêt public¹⁰⁰. L'étendue du pouvoir d'altérer le droit de propriété en raison de l'ordre public est cependant ambiguë. En effet, nous pouvons constater une tendance de la part des tribunaux arbitraux à accepter difficilement que l'intérêt public justifie une mesure d'expropriation à caractère commercial¹⁰¹. Les tribunaux considèrent plutôt ce type de mesure comme protectionniste. Toutefois, lors des travaux préparatoires de la *Loi modèle de la CNUDCI* qui a inspiré le « Code sur l'arbitrage commercial », l'ordre public concernait plus précisé-

93. « Code sur l'arbitrage commercial », précité note 62, art. 34 ; *Règlement du CIRDI*, CIRDI/15/RÉV.1 (janvier 2003), art. 52.

94. *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 10 juin 1958 (ci-après citée : « Convention de New York »).

95. *Id.*, paragr. V (3) b). J.-B. RACINE, *L'arbitrage du commerce international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, p. 474.

96. H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 397.

97. J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 95, p. 460.

98. *Id.*, p. 461.

99. *Id.*, p. 473.

100. C. LEVESQUE, *loc. cit.*, note 56, 70.

101. *Ibid.*

ment les situations où le tribunal arbitral avait été corrompu¹⁰². D'ailleurs, le demandeur a allégué cet argument dans l'affaire *Metalclad* lors de la révision judiciaire¹⁰³.

Ce motif d'annulation de sentence arbitrale ne nous semble pas cohérent pour les révisions de sentences arbitrales rendues en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, car il s'agit d'un différend circonscrit dans un contexte international, plus précisément au sein de la zone de l'ALENA. Afin de mieux illustrer notre point de vue, prenons l'exemple d'un différend entre le Mexique et un investisseur américain. Du fait d'avoir établi la compétence des tribunaux canadiens pour réviser la sentence arbitrale, les parties se trouvent liées par l'ordre public canadien. Or, le différend n'a pas de rattachement particulier avec le Canada. L'ordre public du Canada implique une évaluation d'une sentence arbitrale selon ses lois, ses propres valeurs et, indirectement, ses politiques. Nous pouvons donc nous demander si l'intrusion des tribunaux canadiens dans un différend entre le Mexique et un investisseur américain n'équivaut pas à de l'ingérence. Par conséquent, nous estimons que la prise en considération des valeurs fondamentales communes aux trois États parties aurait été un facteur moins intrusif que l'ordre public national d'un autre État et plus compatible avec les objectifs du chapitre 11 de l'ALENA.

Certes, le respect de l'ordre public national peut être justifié dans un arbitrage international entre deux personnes privées. Dans une telle situation, il est important de trouver des facteurs de rattachement normatif nationaux pour régir le différend. Dans le cas d'un différend en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, il ne nous semble pas nécessaire de lier le différend à un quelconque droit national, car l'ALENA pourrait être le seul droit applicable. Il nous paraît donc plus cohérent de tenir compte des valeurs communes des trois pays parties à l'ALENA, à plus forte raison en matière d'un différend impliquant un État, comme c'est le cas pour les différends soumis au chapitre 11 de l'ALENA.

En outre, l'article 1131 (1) de l'ALENA dispose que le droit international devrait être pris en considération dans le contexte d'une révision judiciaire de la sentence arbitrale. L'ordre public international est donc implicitement considéré par les tribunaux nationaux. Par conséquent, le respect de l'ordre public national ne semble pas être opportun, surtout pour une sentence rendue en vertu de l'ALENA. Il serait plus approprié de

102. A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 67, p. 424.

103. Affaire *Metalclad*, précitée, note 3, paragr. 111.

soumettre la révision judiciaire des sentences arbitrales rendues conformément au chapitre 11 de l'ALENA au respect des valeurs communes aux États parties à l'ALENA, comme l'équité entre les parties pourrait également être retenue, d'autant plus que ces valeurs sont le plus souvent reconstruites par l'ordre public international.

4.2 Une décision à l'encontre de certaines exemptions prévues au sein de l'ALENA pour protéger l'environnement

Nous avons pu constater précédemment des faiblesses dans l'analyse de la Cour fédérale sur certains points de droit ou de fait. De plus, nous remarquons que cette décision ne considère pas quelques-unes des exceptions prévues au sein de l'ALENA et par les engagements internationaux du Mexique, du Canada et des États-Unis.

4.2.1 La primauté de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination

Dans l'affaire *SD Myers*, la Cour fédérale n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la primauté de la Convention de Bâle, établie par l'article 104 de l'ALENA. En vertu de cet article, la Convention de Bâle prévaut sur les autres dispositions de l'ALENA en cas d'incompatibilité entre les deux textes. Par conséquent, l'ordre intérimaire étant justifié par cet accord, les incompatibilités des dispositions du chapitre 11 nous semblent inopposables au gouvernement du Canada. Une disposition similaire n'apparaît pas au sein du GATT de 1994 ni dans l'*Accord de libre-échange Canada-États-Unis*¹⁰⁴. Toutefois, comme le souligne Hélène Trudeau, il incombe à l'État partie au traité de revendiquer la primauté de la Convention de Bâle¹⁰⁵. Or, le Canada n'a pas soulevé ce point en révision judiciaire.

Il est regrettable que le tribunal arbitral ait considéré l'ordre intérimaire comme une mesure protectionniste¹⁰⁶. La Cour fédérale aurait dû avoir l'occasion d'analyser la possibilité pour le Canada d'agir conformément aux dispositions de la Convention de Bâle sans nuire aux intérêts commerciaux de *SD Myers*, mais le Canada ne l'a pas soulevé lors de la demande en révision judiciaire.

104. H. TRUDEAU, « Kyoto, les OGM, le principe de précaution et l'ALENA : la norme environnementale dans le contexte de globalisation », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 176.

105. *Ibid.*

106. *SD Myers inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 5, paragr. 252-257.

Quels que soient les motifs du Canada de ne pas avoir maintenu l'allégation concernant la mesure prise en vertu de la Convention de Bâle¹⁰⁷, la Cour fédérale n'a pas eu l'occasion de statuer sur le bien-fondé de cet argument. Sur ce point, le tribunal arbitral s'est prononcé sur l'intention politique du Canada¹⁰⁸. Or, dans l'affaire *Metalclad*, le tribunal arbitral a rappelé qu'il ne devait pas statuer sur une politique gouvernementale ni sur l'intention du législateur. D'ailleurs, il est regrettable que ni le tribunal arbitral ni, indirectement, la Cour fédérale n'aient pris en considération cette sentence. Certes, le fait de considérer une autre sentence n'oblige pas la Cour fédérale ni le tribunal arbitral à se sentir liés par l'affaire *Metalclad*. Néanmoins, l'examen de cette sentence arbitrale aurait amené tant la Cour fédérale que le tribunal arbitral à expliquer pourquoi la situation dans l'affaire *SD Myers* diffère de celle de l'affaire *Metalclad*. De ce fait, la jurisprudence établie en vertu du chapitre 11 aurait été plus cohérente.

En outre, nous sommes d'avis que l'intention politique du Canada a été mal interprétée, car l'étude d'impact ou le règlement de 1997 auraient dû être pris en considération. En effet, ces documents démontrent que l'ordre intérimaire n'équivaut pas à une mesure protectionniste. D'ailleurs, le ministre de l'Environnement a déclaré que sa « première préoccupation est d'assurer que les déchets canadiens contenant des BPC et envoyés aux États-Unis sont traités avec le maximum de précaution pendant leur transport et qu'ils sont détruits dans le respect de l'environnement ¹⁰⁹ ». L'ordre intérimaire devrait donc permettre d'allouer au Canada un laps de temps approprié pour récolter ce type de renseignements et ainsi respecter ses engagements¹¹⁰.

Par conséquent, il est regrettable que la protection de l'environnement n'ait pas primé le commerce malgré l'article 104 de l'ALENA. Il serait donc intéressant de vérifier si cette constatation se révèle juste lors de l'application de l'article 1114 de l'ALENA, qui concerne les mesures environnementales.

107. *Id.*, paragr. 150 : le chapitre 11 ne prévaut pas sur les engagements internationaux, notamment ceux qui sont prévus au sein de la « Convention de Bâle », précitée, note 11 et de l'*Accord entre le gouvernement du Canada et du gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux*, Ottawa, Canada, Recueil des traités, 1986, n° 39.

108. *Canada c. SD Myers*, précité, note 61, paragr. 10.

109. MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT, *Le Canada lève l'interdiction d'exporter aux États-Unis des déchets contenant des BPC*, [En ligne], 1997, [www.ec.gc.ca/press/pcb_n_f.htm] (12 mars 2004).

110. Convention de Bâle, précitée, note 11, paragr. 4 (2) b) ; J. DE PENCIER, B. EVERNDEN (procureurs du Canada), précité, note 25, paragr. 20 c) et 20 e).

4.2.2 Les mesures environnementales

L'article 1114 de l'ALENA souligne l'importance de protéger l'environnement¹¹¹. Cependant, cette disposition ne porte pas sur la similitude ni sur l'harmonisation des normes environnementales¹¹². Il s'agit plutôt d'éviter le « dumping écologique¹¹³ ». Plus précisément, l'idée de base était d'empêcher que le Mexique applique ses normes environnementales moins sévèrement sous l'influence des milieux industriels¹¹⁴. Il est possible que les investisseurs doivent respecter des mesures illustrant des préoccupations environnementales pour autant qu'elles soient conformes à la « mise en œuvre sur la base du traitement national¹¹⁵ ». Le second paragraphe de l'article 1114 de l'ALENA veut prohiber le laxisme des politiques¹¹⁶. Ainsi, une partie ne doit pas renoncer ni déroger à des mesures environnementales dans le but d'encourager l'établissement, l'expansion ou le maintien d'un investissement¹¹⁷. Cette disposition n'équivaut donc pas à l'article xx du GATT de 1994. D'ailleurs, le paragraphe xx b) du GATT de 1994 est intégré au sein de l'ALENA par l'entremise de l'article 2101 de l'ALENA.

Dans l'affaire *Metalclad*¹¹⁸, cette disposition a été écartée pour deux raisons principalement : dans un premier temps, cette entreprise était prête à agir de manière à respecter l'environnement. Dans un second temps, le tribunal souhaitait sanctionner l'imprécision et le manque de clarté du gouvernement du Mexique. Il est regrettable que cette analyse n'ait pas été faite dans l'affaire *SD Myers*. En effet, l'ordre intérimaire n'a été publié qu'après l'obtention par le Canada du consentement de l'EPA. Le Canada

111. ALENA, précité, note 3, art. 1114 ; M.D PRICE. et B. CHRISTY, *loc. cit.*, note 80, 176.

112. A. BEAUCHAMPS, *ALENA et environnement : les clauses vertes font-elles le poids ?*, [En ligne], 2003, [www.gric.uqam.ca/pdf/Cahier_0304_clausesvertes.pdf] (22 avril 2004). Pour sa part, l'Accord parallèle de l'ALENA sur la coopération environnementale (*Accord nord américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 8 septembre 1993, Canada-Mexique-États-Unis, 32 I.L.M. 1480) permet d'assurer la mise en œuvre ordonnée des mesures environnementales nationales.

113. A. LEGARS, « L'ALENA et les politiques environnementales nationales », dans C. DEBLOCK, *Du libre-échange à l'union politique : le Canada dans l'Accord de libre-échange nord-américain, la France dans le marché unique*, Montréal, L'Harmattan, 1993, p. 477.

114. A. BEAUCHAMPS, *op. cit.*, note 112.

115. MINISTÈRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, *ALENA : énoncé canadien de la mise en œuvre*, (1994) 128 *Gaz. Can.* 147.

116. *Ibid.*

117. ALENA, précité, note 3, art. 1114 (2).

118. *Metalclad c. Gouvernement du Mexique*, décision du tribunal arbitral de l'ALENA, 30 août 2000, paragr. 97.

semble avoir agi dans ce cas de manière transparente, contrairement au Mexique dans l'affaire *Metalclad*. Pour le tribunal, l'intérêt d'un investisseur a donc primé des intérêts plus globaux. Or, en défense en Cour fédérale, le Canada n'a pas fait valoir cette disposition. Dans l'hypothèse où il l'aurait fait, nous pouvons croire que la Cour fédérale aurait trouvé l'occasion de statuer sur l'aspect environnemental de l'affaire.

L'affaire *SD Myers* a donc un impact important sur le respect des obligations environnementales lorsque celles-ci empiètent sur le commerce. Elle met en péril la priorité de certains accords internationaux devant l'ALENA, notamment ceux dont les États-Unis ne sont pas signataires. Par analogie, nous pouvons craindre que le *Protocole de Kyoto* risque de ne pas permettre de justifier certaines actions gouvernementales nuisant à un investisseur étranger. Autrement dit, les objectifs environnementaux édictés par le *Protocole de Kyoto* pourraient être difficilement applicables au Canada¹¹⁹. De plus, il pourrait en être de même au sujet de la mise en œuvre des obligations prévues par le *Protocole de Cartagena*¹²⁰.

De manière générale, il semble admis que les politiques de libre-échange sont limitées par certaines considérations comme la protection de la santé publique et de l'environnement. Nous pouvons dès lors nous demander si la décision *SD Myers* est compatible avec d'autres objectifs promus par l'ALENA.

4.3 Une décision à l'encontre des objectifs environnementaux des États parties à l'ALENA

La décision *SD Myers* semble ne pas respecter la politique commune envisagée par le Mexique, le Canada et les États-Unis dans le contexte des travaux de la Commission de coopération environnementale (CCE). Rappelons que cette dernière a pour but de favoriser la coopération entre les parties à l'ALENA dans le domaine environnemental¹²¹. La CCE encourage notamment la gestion rationnelle des produits chimiques. Pour leur part, les États ont pour objectif d'uniformiser la réglementation concernant le traitement et le transport des BPC. Comme ceux-ci sont reconnus pour leur dangerosité, le Canada, les États-Unis et le Mexique se sont engagés à

119. Z. ZHONG XIANG, *Le libre-échange avec les États-Unis : comment le Canada peut-il poursuivre ses activités commerciales tout en respectant les engagements pris dans le cadre du Protocole de Kyoto*, [En ligne], 2003, [www.cec.org/files/PDF/ECONOMY/Zhang-Abstract_fr.pdf] (30 avril 2004).

120. H. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 104, 176.

121. A. BEAUCHAMPS, *op. cit.*, note 112.

gérer de manière uniforme ce type de déchets¹²². Certes, cette décision ne respecte pas la primauté des dispositions et les exceptions prévues au sein de l'ALENA. En outre, nous sommes d'avis qu'elle est en parfaite contradiction avec les objectifs des États. Elle ne permet pas de refléter l'action des États parties à l'ALENA.

Récemment, la CCE a reçu une communication présentée par des citoyens mexicains. Ceux-ci dénonçaient l'absence de sanctions prises par le gouvernement envers deux entreprises ayant causé de graves dommages à l'environnement à la suite de la gestion inappropriée des déchets dangereux¹²³. Faisons le parallèle avec l'affaire *SD Myers*. D'un côté, la CCE oblige les États à faire respecter leurs législations, tandis que, de l'autre côté, ces entreprises lésées peuvent avoir un recours, par l'intermédiaire du chapitre 11, lorsqu'il s'agit d'un investisseur étranger. Une entreprise nationale ayant des agissements semblables se trouverait donc plus lésée. Par ailleurs, lors de l'élaboration du *Plan d'action régional nord-américain pour les BPC*, le groupe de travail estimait nécessaire de contrôler les progrès dans ce domaine¹²⁴. Malheureusement, le Canada n'a pas soulevé cet argument. Par conséquent, il est légitime de s'inquiéter quant à l'avenir de tels engagements. En effet, les États seront réticents à appliquer de telles mesures si elles entraînent l'obligation d'indemniser les investisseurs étrangers, comme cela a été le cas dans cette affaire.

En outre, certains facteurs n'ont pas été pris en considération lors de l'estimation des dommages et intérêts. Ainsi, *SD Myers* invoque la perte d'occasions d'affaires que provoque l'arrêt d'urgence. Le calcul de cette perte aurait dû être considéré. En effet, les consommateurs et les citoyens en général seront de plus en plus réticents quant à l'utilisation de produits aussi dangereux que les BPC. Les entreprises auraient donc probablement été contraintes d'utiliser un substitut de ce produit sous la pression des consommateurs et de l'opinion publique. Il serait alors possible de croire que même le principe du « laissez faire, laissez agir » aurait provoqué une diminution de la marge de profit de *SD Myers*. Le facteur de risque doit dès lors être pris en considération. Certes, le chapitre 11 de l'ALENA a

122. CONSEIL DE LA COMMISSION DE COOPÉRATION ENVIRONNEMENTALE, *Résolution n° 95-05 portant sur la gestion rationnelle des produits chimiques*, Oaxaca, le 13 octobre 1995.

123. COMMISSION DE COOPÉRATION ENVIRONNEMENTALE, *La CCE reçoit une communication sur la gestion des déchets dangereux par deux entreprises installées à Coahuila, Mexique*, [En ligne], 2004, [www.cec.org/news/details/index.cfm?varlan=francais&ID=2591] (4 mars 2004).

124. COMMISSION DE COOPÉRATION ENVIRONNEMENTALE, *État de la gestion des BPC en Amérique du Nord*, [En ligne], 1996, [www.cec.org/files/PDF/POLLUTANTS/pcbfr_FR.pdf] (4 mars 2004).

pour objet de favoriser l'investisseur étranger pour accroître ce type d'investissement. Or, la mise en œuvre de cet objectif semble dénaturer les caractéristiques d'un investissement. En effet, investir est une activité risquée dans la mesure où l'expectative des pertes et des profits reste incertaine.

Nous sommes d'avis que cette décision pourrait créer une inéquité entre le traitement des investisseurs canadiens et celui qui est accordé aux investisseurs étrangers. Désormais, la mesure semble porter davantage préjudice aux entreprises canadiennes. L'étude d'impact révèle d'ailleurs que la perte des entreprises canadiennes traitant ce type de déchets compte être compensée par les gains du coût total de production évalués à 56 millions de dollars¹²⁵. Ainsi, le Canada autorise l'exportation des déchets contenant des BPC, bien que les industriels canadiens doivent subir des pertes de profits. Les industriels nationaux doivent donc supporter ces pertes, tandis qu'un investisseur étranger ne doit pas le faire, en vertu des dispositions du chapitre 11 de l'ALENA. Alors qu'un investissement suppose toujours un risque financier, le chapitre 11 de l'ALENA réduit ce risque. Désormais, une simple perte d'occasions d'affaires à la suite de l'imposition d'une mesure nationale peut permettre un recours en arbitrage et l'octroi d'une compensation monétaire. Comme le souligne R. Bachand, le recours au chapitre 11 permet donc d'accorder un avantage au capital international sur le capital national¹²⁶. Les investisseurs étrangers jouissent de droits acquis que les États parties à l'ALENA n'offrent pas à leurs nationaux.

Un autre exemple permet également de démontrer que le chapitre 11 favorise considérablement les investisseurs étrangers. Lors de l'élaboration de l'étude d'impact, les États-Unis interdisaient l'exportation des BPC, contrairement au Canada. Ce dernier envisageait donc de faire valoir ses droits en vertu de l'ALENA. Quoi qu'il en soit, aucun recours contre les États-Unis n'a été mis en œuvre. En outre, SD Myers jouissait d'un simple privilège par rapport à la politique américaine alors appliquée. Cette exemption n'a pas été prise en considération. Par conséquent, SD Myers n'illustre pas le traitement des autres investisseurs américains dans ce domaine. Or, cette situation n'ayant pas été retenue par le tribunal arbitral ni par la Cour fédérale, elle a offert à cet investisseur la possibilité de contraindre le Canada à faire respecter ce privilège. Pour éviter que de telles situations se répètent, il serait donc souhaitable que l'investisseur prouve que d'autres investisseurs sont susceptibles d'être lésés par la mesure gouvernementale.

125. *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, précité, note 12, 16.

126. R. BACHAND, *Les mécanismes de règlement des différends aux investissements : l'ALENA comme un modèle*, t. 2, Montréal, GRES, février 2000, p. 24.

Par conséquent, la révision judiciaire n'assurerait pas la cohérence des sentences arbitrales et le respect de certaines exemptions prévues au sein de l'ALENA. Pour éviter que les tribunaux prennent des décisions aussi inappropriées que celles qui concernent l'affaire *SD Myers*, nous pouvons réfléchir à la manière de rendre plus efficace ce type de révision judiciaire.

4.4 Des solutions de rechange en vue d'accroître l'efficacité d'une révision judiciaire

La décision rendue par la Cour fédérale concernant le différend opposant *SD Myers* et le gouvernement du Canada démontre la nécessité d'améliorer le mode de règlement des différends prévu par le chapitre 11 de l'ALENA. Plusieurs solutions sont envisageables à cet égard.

En effet, il aurait été possible de mettre en place d'autres types de recours. L'État dont l'investisseur est ressortissant aurait pu prendre fait et cause pour lui. C'est d'ailleurs le cas au sein d'autres institutions internationales, comme la Cour internationale de justice ou l'OMC. Ainsi, l'équité entre les parties aurait pu être mieux assurée. Dans l'affaire *SD Myers*, la mise en œuvre d'une telle procédure aurait probablement permis une consultation entre les États-Unis et le Canada dans le but de trouver une solution plus compatible avec les objectifs environnementaux préconisés par l'ALENA. Par ce fait, les objectifs environnementaux établis par les États parties auraient été mieux pris en considération que dans le cas présent où l'intérêt privé et l'intérêt public s'opposaient. Il devrait donc être plus cohérent d'imposer et non simplement de proposer ce mécanisme lorsque le différend entre l'État et un investisseur nuit particulièrement à une politique générale, notamment dans le domaine de la santé et de l'environnement, pour que cette dimension ne soit pas mise de côté. Cette solution existe déjà par l'entremise de l'article 1115 de l'ALENA, qui prévoit la possibilité que le différend soit soumis aux dispositions du chapitre 20 de l'ALENA. Ce chapitre énonce que l'État partie doit soumettre la plainte¹²⁷. Nous regrettons malgré tout que cette procédure ne soit pas utilisée, car les demandes d'arbitrage relatives au chapitre 11 ont jusqu'ici été formulées directement par les investisseurs. Les États ont un rôle à jouer concernant le règlement des différends afin de préserver la pérennité des objectifs de l'ALENA, comme c'est le cas dans le chapitre 20 de l'ALENA.

Nous avons pu aussi observer qu'il serait souhaitable d'améliorer le mécanisme de révision. La création d'un organe d'appel permanent aurait donc pu être une solution. La mise en œuvre de cette solution impliquerait

127. ALENA, précité, note 3, art. 2008.

une modification des dispositions du chapitre 11 de l'ALENA. Cet organe d'appel éviterait la saisie d'un tribunal national, comme cela a été le cas dans l'affaire *SD Myers*. L'instauration d'un organisme permanent permettrait d'élaborer une jurisprudence plus homogène et cohérente. Une telle proposition pourrait être conciliée avec les règles de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI) et du *Centre de règlement des différends relatifs aux investissements* (CIRDI) par l'ajout d'une disposition au sein du chapitre 11 de l'ALENA prévoyant la révision d'une sentence arbitrale rendue en vertu dudit chapitre à un organe d'appel. En effet, l'article 1120 (2) de l'ALENA prévoit de modifier les règles d'arbitrage. En outre, l'incohérence des sentences arbitrales au regard d'objectifs généraux comme la protection de l'environnement serait plus facilement corrigée. L'efficacité d'un tel mécanisme pourrait être anticipée en faisant le parallèle avec l'organe d'appel au sein de l'OMC¹²⁸. Certes, ce mécanisme d'appel présenterait l'inconvénient d'ajouter un palier décisionnel et augmenterait, par la même occasion, le coût et les délais par comparaison avec une sentence arbitrale finale. Par contre, cette solution équivaldrait à la saisine d'un tribunal national relativement au coût de la procédure. Ce mécanisme susciterait probablement une plus grande déférence de la part des juridictions nationales en cas de révision judiciaire.

Certains organismes ont également proposé d'autres solutions pour rendre plus efficace le mécanisme de règlement des différends en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Le Comité conjoint public mixte de la coopération environnementale de l'Amérique du Nord propose notamment d'établir une liste d'arbitres permanents afin d'établir une jurisprudence cohérente pour les différends réglés conformément au chapitre 11 de l'ALENA¹²⁹. En effet, si les arbitres sont les mêmes, la façon de régler un différend sera plus ou moins semblable d'une sentence arbitrale à une autre. Actuellement, le chapitre 11 ne comporte aucune disposition obligeant les parties à choisir les arbitres en vertu d'une liste. Chaque partie nomme un arbitre et les deux s'entendent pour nommer le troisième¹³⁰. Ce n'est qu'en cas de désaccord au sujet de la nomination de l'arbitre en chef que le secrétariat général du CIRDI est autorisé à le nommer conformément à une

128. R. BACHAND, *op. cit.*, note 126, p. 24.

129. COMITÉ CONJOINT PUBLIC MIXTE DE LA COOPÉRATION ENVIRONNEMENTALE DE L'AMÉRIQUE DU NORD, *Les problèmes environnementaux associés au chapitre 11 de l'ALENA*, [En ligne], 2003, [www.ccc.org/files/PDF/JPAC/JPAC-Ch11-paper_fr.pdf] (12 mars 2004), p. 11 : « En établissant une liste d'arbitres permanents, on réglerait ce problème de subjectivité. »

130. ALENA, précité, note 3, art. 1123.

liste préétablie, et ce, même lorsque l'arbitrage est soumis aux règles de la CNUDCI¹³¹. En effet, les États parties à l'ALENA ont établi une liste de 45 arbitres en chef¹³². D'ailleurs, au sein des chapitres 19 et 20 de l'ALENA, il existe une liste d'arbitres permanents¹³³. Lorsqu'il s'agit de dumping ou de tout autre différend soumis au chapitre 19 de l'ALENA, un groupe spécial binational est formé¹³⁴. Une telle procédure pourrait aussi être prévue dans le cas d'un différend soumis au chapitre 11 de l'ALENA, car elle semble plus appropriée pour permettre le respect des valeurs communes aux trois États parties à l'ALENA. Quant à la procédure prévue par le chapitre 20 de l'ALENA, le groupe spécial est également formé suivant une liste d'arbitres préalablement établie. Ce groupe peut statuer lorsque le différend concerne l'application et l'interprétation des dispositions contenues dans l'ALENA¹³⁵.

La Commission du libre-échange pourrait se prononcer sur l'étendue du pouvoir des tribunaux nationaux¹³⁶. Elle pourrait également formuler des directives d'interprétation que les tribunaux nationaux pourraient appliquer lors d'une révision judiciaire d'une sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11. La Commission du libre-échange a d'ailleurs déjà eu l'occasion de donner une directive semblable pour les tribunaux arbitraux en 2001. Mentionnons que les tribunaux d'arbitrage ne s'entendent pas sur la valeur à donner à ces interprétations. Certains qualifient la note interprétative de coutume qui lie le tribunal arbitral¹³⁷. D'autres ne se sentent pas liés par cette note¹³⁸. Selon eux, la note interprétative est une source importante, mais elle ne doit pas être considérée comme une modification de l'ALENA¹³⁹. Il serait donc possible que les tribunaux nationaux puissent ne pas s'entendre sur la valeur de l'interprétation provenant de la Commission du libre-échange. Cependant, il est nécessaire de souligner que l'article 1131 (2) de l'ALENA prévoit que les interprétations formulées par la Commission du libre-échange lient le tribunal arbitral. Les tribunaux nationaux devraient privilégier l'application de cet article afin de résoudre cette controverse.

131. *Id.*, art. 1124 (2) et 1124 (3).

132. MINISTÈRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, *op. cit.*, note 115, p. 155.

133. ALENA, précité, note 3, art. 2009 et annexe 1901. 2 (1).

134. *Id.*, art. 1901 (2) et annexe 1901. 2.

135. *Id.*, art. 2004.

136. *Id.*, art. 2001 (2) c).

137. *Id.*, art. 1131 (2). *Mondev International c. Gouvernement des États-Unis*, décision du tribunal arbitral de l'ALENA, 11 octobre 2002, paragr. 121.

138. *ADF Groupe Inc. c. Gouvernement des États-Unis*, précité, note 83, paragr. 177.

139. *Ibid.*

Il existe également certaines solutions dans d'autres textes internationaux dans le domaine des investissements étrangers. Bon nombre d'instruments internationaux se sont inspirés des dispositions prévues par le chapitre 11 de l'ALENA. Nous pensons, par exemple, au projet d'accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE, qui offre la possibilité aux parties de soumettre leurs différends soit aux règles procédurales édictées par la CNUDCI, soit à celles qui l'ont été par le CIRDI¹⁴⁰. Aussi, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili* a été inspiré par le chapitre 11 de l'ALENA. Dans le contexte du chapitre sur la protection des investisseurs étrangers, le règlement des différends sera régi par le CIRDI ou par les règles d'arbitrage de la CNUDCI¹⁴¹.

La négociation de nouveaux accords nous permet d'observer la tendance actuelle dans le choix des règlements des différends. En ce qui concerne la zone de libre-échange américaine (ZLEA), les propositions ressemblent généralement aux dispositions existantes dans l'ALENA. Ainsi, lorsque le différend oppose un État et un investisseur étranger, la procédure peut être régie soit par les règles du CIRDI, soit par la CNUDCI¹⁴². Néanmoins, certaines nuances sont constatées. En effet, si, après six mois de consultation, les parties ne se sont pas entendues, elles peuvent soumettre leur différend aux tribunaux nationaux ou encore à l'arbitrage national ou international. En vertu du chapitre 11 de l'ALENA, seul l'arbitrage international est autorisé. De plus, le projet d'accord de la ZLEA dispose que le différend peut être entre deux États. Le règlement d'arbitrage sera alors soumis aux mécanismes généraux de règlement des différends prévus dans l'accord¹⁴³.

L'analyse des autres textes internationaux ne nous a pas permis cependant de trouver un mécanisme original. Néanmoins, il est possible que de futurs accords concernant l'investissement soient innovateurs dans ce domaine. Nous entendons suivre de près tant les prochains déroulements des négociations de la ZLEA que celles entre le Canada et l'Union européenne. En effet, le 18 mars 2004, ces derniers se sont entendus pour

140. *Accord multilatéral sur l'investissement*, paragr. 2 c), [En ligne], 1997, [www.finances.gouv.fr/pole_ecofin/international/ami_ocde97/sommaire.htm] (12 mai 2004).

141. *Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*, paragr. G-21 (1), [En ligne], 2000, [www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/cda-chile/chap-g26-fr.asp#I] (12 mai 2004), paragr. G-21 (1).

142. *Avant-projet d'accord de zone de libre-échange des Amériques*, [En ligne], 2003, [www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVII_f.asp] (21 mai 2004), art. 29.

143. *Id.*, art. 23.

élaborer un nouvel accord sur le commerce et l'investissement afin de se conformer au programme de Doha. Les négociations devront se dérouler cette année¹⁴⁴. Un cadre de coopération réglementaire a été adopté le 21 décembre 2004 afin, notamment, de faciliter l'investissement¹⁴⁵.

Conclusion

L'analyse de la sentence arbitrale et du jugement de la Cour fédérale rendus dans l'affaire *SD Myers* nous a permis de constater certaines déficiences et contradictions. Il en est ainsi de l'application commune des articles 1102 et 1105 de l'ALENA, ainsi que du recours à l'ordre public national dans le cas d'un différend international.

Nous avons également pu observer au cours de notre analyse que ni le tribunal arbitral ni la Cour fédérale n'ont respecté certains objectifs généraux, comme la protection de l'environnement et la position de la CCE. En outre, certaines exemptions, telle la primauté de la Convention de Bâle en cas de conflit avec les dispositions de l'ALENA ou celles qui sont prévues dans l'article 1114 de l'ALENA, n'ont pas été considérées. Ces lacunes pourraient être comblées en modifiant le mécanisme de règlement des différends prévu au chapitre 11 de l'ALENA.

Le mode de règlement actuel permet de préserver l'équité entre les États et les investisseurs. Il est évident que le régime mis en place par ce chapitre de l'ALENA est plus efficace que les régimes prévus par les chapitres 19 (mesures antidumping et droits compensateurs) et 20 (différends entre États membres). En effet, les sentences arbitrales rendues en vertu du chapitre 11 sont exécutoires, contrairement aux décisions des groupes spéciaux. De même, ce mécanisme de règlement des différends est simple et ne comporte pas de multiples paliers prédécisionnels, comme c'est le cas pour les accords parallèles de l'ALENA. Néanmoins, le mécanisme du chapitre 11 serait plus approprié s'il permettait un plus grand respect des valeurs communes aux trois États parties à l'ALENA.

Les modifications que nous proposons devraient plutôt apporter une plus grande sécurité juridique pour les États comme pour les investisseurs ainsi que la prise en considération des valeurs communes aux pays membres de l'ALENA, telles que le bien-être des populations visées et le respect des engagements internationaux.

144. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Le Canada et l'Union européenne – Accord sur le renforcement du commerce et de l'investissement*, [En ligne], 2003, [www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/EU-fr.asp] (23 mars 2005).

145. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Canada Europa*, [En ligne], 2004, [www.dfait-maeci.gc.ca/canadaeuropa/canada-eu-c-31-fr.asp.] (12 décembre 2004).