



CANADIAN ENVIRONMENTAL LAW ASSOCIATION
L'ASSOCIATION CANADIENNE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Le 11 novembre 2008

Premier ministre Stephen Harper
Bureau du Premier ministre
80, rue Wellington
Ottawa, ON
K1A 0A2

Président-élu Barack Obama
La Maison-Blanche
1600 Pennsylvania Avenue NW
Washington, DC
20500

Obama for America
P.O. Box 8102
Chicago, IL 60680

Honorables Messieurs,

Objet : CHAPITRE 11 de l'ALÉNA

Félicitations à tous les deux pour votre succès lors de votre dernière élection.

Nous vous écrivons aujourd'hui pour vous demander de prendre des mesures immédiates pour abroger ou à tout le moins, amender le Chapitre 11 de *l'Accord de libre-échange nord-américain*.

Nous soulignons cette affaire en tenant compte des préoccupations suivantes. Récemment, *Dow Agroscience* a intenté une poursuite contre le gouvernement du Canada conformément au Chapitre 11, le chapitre sur l'investissement de l'ALÉNA. Cette industrie fonde leur poursuite sur le *Code des pesticides du Québec* et sur les décisions réglementaires du gouvernement du Québec contenues à cet égard. Les mesures prises par les provinces et les municipalités au Canada sont valides constitutionnellement en ce qui concerne un éventail d'affaires environnementales, y compris les pesticides. Cette division des rôles concernant la réglementation des pesticides aux niveaux du gouvernement soit fédéral, provincial/territorial et municipal au Canada a été confirmée par la Cour suprême du Canada lors de son jugement sur le règlement municipal du Québec sur les pesticides pour la ville de Hudson dans lequel la Cour a décrit un système complémentaire de réglementation tripartite.

(114957 *Canada Ltee (Spray-tech, Société d'arrosage) v. Hudson (Ville)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 1.)

La récente poursuite de *Dow Agroscience*, si elle réussit, compenserait cette entreprise pour les pertes financières supposément causées par le *Code des pesticides du Québec*. Cette loi jouit d'un appui massif du public au Québec et même à travers le Canada et représente une politique de précaution progressiste prise par un gouvernement souverain au sein du Canada dans l'intérêt de la protection environnementale et de la santé publique. Il n'y a aucun doute que la plupart des Canadiens seraient choqués si le Chapitre 11 donnerait le droit aux industries étrangères d'obtenir de telles compensations financières.

Au cours des récents Accords bilatéraux de libre échange entre les États-Unis et le Chili, ainsi qu'entre les États-Unis et Singapour, l'Australie, le Maroc et d'autres, qui ont été négociés subséquemment à l'ALÉNA, une clause comprend une déclaration formelle qui a été ajoutée pour empêcher que les réglementations valides sur l'environnement, sur la santé et la sécurité, soient soumises aux poursuites en compensation d'un investisseur, tel que le Chapitre 11 de l'ALÉNA le stipule. Cette déclaration a été ajoutée aux accords, en partie à cause de l'expérience en vertu de l'ALÉNA, par laquelle des sommations de ce genre, demandées par des investisseurs, ont été déposées et jugées. Des négociateurs subséquents, y compris ceux des États-Unis, ont décidé (avec l'appui du Congrès) d'ajouter cette déclaration formelle pour anticiper de telles sommations à l'égard des réglementations environnementales valides.

Au cours de plusieurs récents comités de l'ALÉNA, nous avons constaté que les membres ont témoigné, dans certains cas de poursuite d'investisseur en vertu du Chapitre 11, et ont plaidé en faveur de l'État et des promulgations qui ont été conçues dans un but légitime de protection du bien public. Cependant, un grand nombre d'inquiétudes persistent du fait que de telles poursuites puissent être intentées, qu'il y ait des risques de succès de la part du requérant et que ces risques puissent produire un gel des réglementations, entraînant certaines juridictions à hésiter avant de prendre les mesures qu'elles envisagent, même si elles visent la protection de la santé et de l'environnement.

Par conséquent, lors de récents accords bilatéraux négociés entre les États-Unis et le Chili, ainsi qu'entre les États-Unis et Singapour, et entre les États-Unis et l'Australie, parmi d'autres, une déclaration formelle a été ajoutée qui, en général, est formulée comme suit :

L'élaboration de mesures de réglementation non-discriminatoires qui sont conçues dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement ne constituent pas de l'expropriation indirecte. (Voir les exemples cités ci-dessous)

Par exemple, en ce qui concerne l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, l'Évaluation environnementale finale de la Chambre des représentants commerciaux des États-Unis a découvert, à l'égard de cet accord, que :

Les Parties ont clarifié les clauses de l'Accord de libre-échange sur l'expropriation (Article 10.9) en ajoutant une annexe interprétative qui élabore les principes appropriés à la loi américaine et qui clarifie le rapport entre les expropriations indirectes et les réglementations nationales. Spécifiquement, l'annexe décrit clairement que « Sauf dans de rares cas, les mesures de réglementation non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. »

(http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/asset_upload_file411_5109.pdf)

L'Évaluation environnementale finale a de plus formulé que :

Conclusion

Le processus investisseur-État de l'Accord de libre-échange rend le présent arbitrage international utilisable par les investisseurs chiliens aux États-Unis afin d'intenter des poursuites possibles fondées sur les mesures environnementales des États-Unis. Cependant, les clauses de l'Accord de libre-échange, en particulier, les nombreuses améliorations apportées aux accords d'investissement antérieurs décrits ci-dessus, diminuent les risques que des tribunaux d'arbitrage trouvent des manques de cohérence entre les clauses sur l'investissement et les mesures environnementales des États-Unis. Ainsi, les clauses de l'Accord de libre-échange ne devraient pas affecter significativement l'aptitude des États-Unis à régler dans le domaine environnemental. (Ibid, page 32)

Une autre différence importante entre l'ALÉNA et l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, par exemple, est qu'une clause à cette fin stipule que toutes les poursuites d'arbitrage d'un comité, en vertu du chapitre sur l'investissement, soient présentées publiquement.

Une clause comparable dans les accords entre les États-Unis et Singapour se lit comme suit :

« Sauf dans de rares cas, les mesures de réglementation non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. »

(*Exchange of Letters on Expropriation, Side Agreement, U.S. – Singapore Free Trade Agreement*
http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file58_4058.pdf)

Les Accords de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie comprennent aussi des mesures similaires dans son Chapitre 11, le chapitre comparable sur l'investissement:

« Sauf dans de rares cas, les mesures de réglementation non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. »

(U.S. – Australia Free Trade Agreement, Annex 11-B
http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/asset_upload_file248_5155.pdf)

Bref, nous vous incitons à reconnaître que le Chapitre 11, tel qu'il est dans l'ALÉNA, constitue une approche archaïque qui ne devrait pas permettre aux investisseurs étrangers de saper les politiques du bien-être public, de l'environnement, de la conservation, de la santé et de la sécurité du public, ainsi que les décisions et les législations des gouvernements élus démocratiquement. Le fait que ce problème surgisse encore, par une tentative de renverser les

décisions politiques publiques, est démontré par la récente poursuite déposée par *Dow Agroscience* contre le Canada en vertu du *Code des pesticides du Québec*.

En abrogeant ou à tout le moins, en amendant le Chapitre 11 afin de protéger les promulgations des Parties (et de leurs gouvernements provinciaux) qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement, vous aideriez tous les gouvernements et le public à rétablir la confiance envers la crédibilité du gouvernement qui agit en tout premier lieu pour la protection et le bien-être de ses citoyens.

Ceci permettrait aussi de rendre ces clauses conformes à plusieurs autres Accords de libre-échange négociés récemment qui protègent mieux les mesures de réglementations à cet égard.

De façon importante, les recommandations officielles du Canada et des États-Unis pour la négociation des Accords bilatéraux de libre-échange recommandent d'ajouter une clause révisée stipulant la déclaration formelle « qu'une réglementation conçue dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte », (et empêcherait ainsi le genre de poursuite que *Dow Agroscience* a actuellement intenté contre le Canada).

Le modèle canadien de l'accord sur la promotion et la protection de l'investissement étranger (APIE) déclare ceci :

Le modèle révisé de l'APIE comprend une clarification de l'expropriation indirecte qui stipule que, sauf dans de rares cas, les mesures de réglementation non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte, et par conséquent, ne sont pas assujetties à aucunes demandes de compensation. (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.aspx?lang=en#annexb (Annexe B.13(1): Expropriation))

Le modèle des États-Unis renferme une clause similaire :

Sauf dans de rares cas, les mesures de réglementation non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. (http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf (Annex B, Expropriation))

Par conséquent, il est primordial que l'ALÉNA soit mis au courant de la recommandation officielle.

De plus, il existe plusieurs autres dispositions qui sont comprises dans les récents Accords de libre-échange et qui protègent mieux aussi l'aptitude des Parties à prendre des mesures de

réglementation pour protéger l'environnement, la santé et la sécurité. En conséquence, il y aura d'autres mesures significatives qui devraient être négociées de la même façon lors d'une révision de l'ALÉNA.

En vous remerciant de votre attention, nous espérons obtenir une attention favorable de votre part à l'égard de cette affaire.

Veillez agréer, Messieurs, l'expression de nos meilleurs sentiments,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Theresa A. McClenaghan', written in a cursive style.

ASSOCIATION CANADIENNE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Par

Theresa A. McClenaghan

Directrice administrative et du conseil