



Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe-t-il une alternative au modèle ALÉNA ?

Rémi Bachand

Groupe de recherche sur l'intégration continentale

<http://www.unites.uqam.ca/GRIC>

Les négociations entre les émissaires des 34 États américains «démocratiquement élus» vont bon train en vue de créer de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA). Certains vont jusqu'à dire que les accords pourraient être signés lors du Sommet de Québec d'avril 2001 puisque les textes de l'accord de la ZLÉA seront vraisemblablement prêts. Au niveau des investissements, tout porte à croire que l'accord ne sera ni plus ni moins qu'une copie du chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange Nord-Américain*¹. En effet, ce chapitre suit actuellement un modèle qui est largement utilisé par les États-Unis (mais aussi par le Canada) lors de la négociation de traités (traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements, mais aussi traités multilatéraux comme le

prouve l'étude du projet avorté portant création de l'*Accord multilatéral sur l'investissement*² qui étant semblable en plusieurs points au fameux chapitre 11 de l'*ALÉNA*) concernant la protection et la promotion des investissements.

Malgré ce constat, il peut être pertinent de comparer le dit chapitre de l'*ALÉNA* avec d'autres accords traitant de la protection et la promotion des investissements conclus entre différents pays faisant partie du processus d'intégration hémisphérique. En effet, puisque nous avons déjà auparavant démontré que les objectifs de ces différents accords étaient de «1-[a]ssurer la suprématie *totale* du droit de propriété privée (notamment celle sur les

¹ *Accord de libre-échange Nord-Américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994, no2, I.L.M. 289 (entrée en vigueur: 1er janvier 1994) [ci-après: *ALÉNA*].

² OCDE, *Accord multilatéral sur l'investissement: texte et commentaires consolidés*, (projet d'accord), 1997, en ligne: Dossiers du Monde Diplomatique <<http://www.monde-diplomatique.fr/dossiers/ami>> (date d'accès: 14 mai 1999).

moyens de production) sur les autres droits. (...) [et] 2- [c]onsolider le processus de centralisation du capital et des moyens de production en assurant la «dépolitisation» des stratégies de développement, et que ce processus relevait une fois de plus d'une logique purement impérialiste et n'étant principalement favorable qu'à une infime partie de la population (en l'occurrence la bourgeoisie internationale, impérialiste) les conclusions d'une telle étude comparative pourra nous être utile sur au moins deux points. D'abord, et nonobstant le rapport de force en faveur des États-Unis au moment des négociations qui permet à ceux-ci de faire valoir leurs points de vue beaucoup plus facilement que les autres pays, elle nous donnera évidemment des éléments de réponse à la question à savoir si l'accord sur les investissements à l'intérieur d'une éventuelle ZLÉA a des chances de se distinguer du chapitre sur ce sujet à l'intérieur de l'ALÉNA. Ensuite, et si cette étude nous démontre qu'il n'y a, somme toute, peu de différences entre ces différents accords, nous pourrions en tirer certaines conclusions sur la nature de l'État en Amérique latine, dans la mesure où leur fonctionnement et leurs objectifs se rapprochent de plus en plus de ceux des États occidentaux, à savoir la protection et la promotion des intérêts de leur grande bourgeoisie qui émerge dans plusieurs de ces États.

Étant donné le grand nombre de ces traités à l'intérieur des États concernés, nous n'en avons pas fait une étude exhaustive. Nous nous sommes contentés de cibler les plus importants, tout en faisant l'hypothèse qu'ils étaient relativement représentatifs. En plus de l'ALÉNA, nous avons donc choisi de nous pencher, évidemment, sur les accords correspondant à l'intérieur du Mercosur. Ces accords sont au nombre de deux, le *Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproque des investissements dans le Mercosur* faisant maintenant partie intégrante du traité d'Asuncion³, ainsi que le *Protocole sur la*

promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du Mercosur qui est né du désir des États membres d'«harmoniser les principes juridiques généraux à appliquer par chacun des États parties aux investissements provenant des États n'étant pas parties du MERCOSUR (...) afin de ne pas créer de conditions différentes qui auraient pour effet de distordre le flux des investissements»⁴. Puisque le Chili, qui a, nous le verrons, des règles assez particulières au sujet des transferts des capitaux, a conclu un accord de complémentarité avec le Mercosur, nous avons décidé de nous pencher sur le cadre juridique entourant les relations d'investissements entre le Chili et les quatre membres de l'union douanière. Dans ce cas, l'accord établit que ce sont les traités bilatéraux d'investissements déjà conclus entre ces États qui continueront à s'appliquer⁵; ces quatre traités bilatéraux feront en conséquent partie de notre étude. Enfin, nous nous pencherons sur trois accords de libre-échange récents, conclus entre le Canada et le Chili, le Mexique et le Costa Rica et le Mexique et le Chili.

Le traitement national et traitement de la nation la plus favorisée accordés lors de l'implantation de l'investissement

Une des critiques qui est faite au chapitre 11 de l'ALÉNA concerne l'obligation d'accorder aux investisseurs le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée aussi bien au moment de l'acquisition qu'après celui-ci. La première de ces deux obligations est, dans cet accord, formulée ainsi:

Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la

³ *Protocole de Colonia para la promocion y proteccion reciproca de inversiones en le Mercosur*, 17 janvier 1994, Mercosur/CMC/dec. No 11/93:Anexo, en ligne: Mercosur <<http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC1193.htm>> (date d'accès: 23 octobre 2000), [ci après: *Protocole de Colonia*], art. 12.

⁴ *Protocolo sobre promocion y proteccion de inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur*, 5 aout 1994, en ligne: Mercosur <<http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC1194.htm>> (date d'accès: 23 octobre 2000), préambule [notre traduction].

⁵ *Acuerdo de complementacion economica Mercosur-Chile*, en ligne: Organisation des États américains <<http://sice.oas.org/trade/msch/ACUERDO.asp>> (date d'accès: 2 novembre 2000), (entrée en vigueur: 1er octobre 1996, art. 41.

gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements⁶.

L'obligation d'offrir le traitement de la nation la plus favorisée est également formulée de la même façon.

La critique concerne principalement la clause de traitement national. Cette obligation de ne pas faire de discrimination au moment où l'investisseur tente de s'installer sur un territoire national a des répercussions importantes au niveau des relations Nord-Sud. En effet, cette clause empêche un pays de protéger temporairement un secteur de son économie qui pourrait éventuellement devenir stratégique contre la concurrence étrangère. Or, puisque l'on sait que les pays en développement, parmi lesquels on retrouve une majorité des pays d'Amérique latine, reçoivent globalement trois fois plus d'investissements qu'ils n'en exportent, ce sont donc eux qui se voient privés d'un outil qui leur permettrait de développer leur économie nationale et, peut-être éventuellement, répartir les retombées de la croissance auprès de leurs populations. «Il devient donc impossible d'élaborer des stratégies de développement différentes de celles qui consistent à espérer voir les capitaux étrangers arriver, créer des emplois et surtout, ne pas quitter à la moindre occasion pour d'autres lieux après avoir éliminé toute concurrence locale»⁷.

Les différents accords ici étudiés présentent tous également la possibilité, pour un investisseur étranger, de jouir du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée lors de l'établissement d'un investissement sur un territoire étranger (la formulation est d'ailleurs bien souvent exactement la même que celle qui est utilisée dans l'ALÉNA), à l'exception du *Protocole du Mercosur sur la promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du Mercosur*, de l'*Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica* et des traités bilatéraux

⁶ ALÉNA, *supra* note 1, art. 1102 (1) [nos italiques].

⁷ R. Bachand, *supra* note 3, à la page 8. Voir aussi à ce sujet C. Leben, «L'évolution du droit international des investissements» dans Société française pour le droit international: *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociations à l'autre?*, Éd. A. Pédone, 1999, 7.

conclus par le Chili avec ses partenaires du Mercosur. Ces quatre traités bilatéraux, par exemple, prévoient que: «Chacune des parties contractantes promouvra les investissements à l'intérieur de son territoire national des nationaux ou des sociétés des autres parties contractantes et les y admettra conformément avec ses dispositions légales en vigueur»⁸. Dans le cas de l'*Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica*, on demande aux États d'accorder le traitement national aux investisseurs de l'autre partie dans des circonstances similaires⁹, mais l'article 13-11 prévoit que

[a]ucune des dispositions de l'article 13-03 ne s'interprétera de manière à empêcher à une des Parties d'adopter ou de maintenir une mesure prescrivant des formalités spéciales en liaison avec l'établissement des investissements par un investisseur de l'autre Partie, tel que l'obligation pour les investisseurs de se constituer conformément à la législation de la Partie, en autant que ces formalités ne portent pas atteintes de façon importante à la protection octroyée par une Partie conformément au présent chapitre¹⁰.

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

Normes minimales de traitement

Dans son article 1105, l'ALÉNA prévoit que «Chacune des Parties accordera aux investissements et aux investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit

⁸ Par exemple, *Tratado entre la Republica Argentina y la Republica de Chili sobre la promocion y proteccion reciproca de inversiones*, (2 août 1991) en ligne Organization of American States <<http://www.sice.oas.org/bitd/argch-1.asp>>, art II (1) [notre traduction]. Les autres traités reprennent des formulations différentes mais ont quand même la même signification.

⁹ *Accuerdo de libre comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Republica de Costa Rica*, en ligne: Organization of American States <http://www.sice.oas.org/trade/mexcr_s/> (en vigueur: premier janvier 1995), art. 13-03.

¹⁰ *Ibid*, art. 13-11 [notre traduction].

international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales»¹¹. Or, ce traitement est actuellement très ambigu et même les experts ne s'entendent pas sur sa définition¹², ce qui fait craindre à certains qu'il devienne l'article utilisé par les entreprises lorsqu'elles sont insatisfaites du traitement que leur réserve l'État accueillant leurs investissements dans les cas où elles seraient incapables d'avoir recours à d'autres articles de l'*ALÉNA* pour poursuivre cet État. La récente sentence arbitrale concernant la poursuite de S.D. Myers confirme d'ailleurs cette idée puisqu'elle établit que «[l]e standard minimum est un plancher sous lequel le traitement accordé à un investisseur étranger ne doit pas tomber, même si le gouvernement n'agit pas de façon discriminatoire»¹³. Donnant son opinion sur un article équivalent inséré dans l'*AMI*, Éric Pineault faisait remarquer qu'une telle règle n'était en fait que «l'obligation imposée aux États signataires de faire leur la finalité première des investisseurs, à savoir maximiser le rentabilité de leurs opérations»¹⁴. Or, justement, un tel article existe également dans tous les autres traités étudiés, à l'exception de l'*Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica* et du *Traité entre la République Argentine et la République de Chili sur la promotion et la protection réciproque des investissements*, qui intègre toutefois un article pouvant être interprété de façon très semblable. En effet, l'article II(3) prévoit qu': «[a]ucune des Parties contractantes ne portera préjudice sur son territoire en ce qui concerne l'administration,

l'utilisation, l'usage ou la jouissance aux investisseurs aux sociétés de l'autre Partie Contractante par la biais de mesures arbitraires ou discriminatoires»¹⁵.

L'interdiction d'imposer des obligations de résultat

Un des outils que les gouvernements ont traditionnellement utilisé pour s'assurer qu'un investissement étranger serait d'une utilité maximale pour le développement de leur bourgeoisie locale était le recours à l'obligation de résultat à l'intérieur des contrats privés d'exploitation. On pouvait, à l'intérieur de ceux-ci, forcer l'investisseur étranger à partager une technologie ou un procédé de fabrication avec les investisseurs locaux, à atteindre un certain niveau de contenu national, ou à exporter un niveau minimum de sa production afin de réaliser des objectifs relatifs à la balance des paiements par exemple.

Les accords de libre-échange Canada-Chili et Chili-Mexique ont repris mot à mot les obligations énoncées dans l'*ALÉNA*. Ces accords empêchent en effet les États de lier «l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation» d'un investissement au respect des conditions suivantes¹⁶:

- a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services;
- b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national;
- c) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire;
- d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des exportations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement;
- e) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet

¹¹ *ALÉNA*, art. 1105 (1).

¹² Voir notamment: P. Juillard, «Investissements» (1992) 38 *AFDI* 779 à la p. 791; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 4e édition, Paris, LGDJ, 1998, à la p. 456; J.P. Laviee, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, à la p. 87; M. Sornajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, à la p. 77, et R. Bachand, *supra* note 3 aux pages 11 à 13.

¹³ *S.D. Myers, inc. c. Le Gouvernement du Canada*, (2000), Arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit et le Commerce international, au para. 259, en ligne: Appleton & associés <<http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAward.pdf>> (date d'accès: 14 novembre 2000) [notre traduction].

¹⁴ É. Pineault, «L'AMI, construction pour une économie globalisée? Un rappel des faits et une interprétation de leur signification sociale» dans M. Freitag et É. Pineault, dir., *Le monde enchaîné*, Montréal, éd. Nota Bene, 35 à la p. 70.

¹⁵ *Tratado entre la Republica Argentina y la Republica de Chili sobre promocion y proteccion reciproca de inversiones*, *Supra* note 9, art. II (3) [notre traduction].

¹⁶ Sur les différentes obligations de résultats utilisées par les États, voir: E.M. Burt, «Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization» (1997) 12 *Am. U.J. Int'l L. & Pol'y* 1015, à la page 1025.

investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises;

f) transférer une technologie, un procédé de fabrication ou autre savoir-faire exclusif à une personne située sur son territoire, sauf lorsque la prescription est imposée ou l'engagement exécuté par un tribunal judiciaire ou administratif ou par une autorité compétente en matière de concurrence, pour corriger une prétendue violation des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui n'est pas incompatible avec les autres dispositions du présent accord; ou

g) agir comme le fournisseur exclusif d'un marché mondial ou régional pour les produits que l'investissement permet de produire et les services qu'il permet de fournir¹⁷.

Le paragraphe 3 de ces mêmes articles demandent aux États de ne pas subordonner l'octroi d'un avantage (une subvention, par exemple) aux prescriptions énoncées aux points b), c) (quoi que pour ce paragraphe, les services ne sont pas énumérés), d) et e). Leur paragraphe 5 met en exergue le caractère limitatif de cet article en soulignant que «[l]es paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent à aucune autre prescription autre que celles figurant dans lesdits paragraphes».

L'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica contient également un article sur les obligations de résultats mais il sanctionne une formulation moins élaborée que celle qui est incluse dans les trois précédents accords. Il permet, par exemple, de forcer le transfert d'une technologie ou d'un savoir-faire en échange de l'implantation d'un investissement. Cet article permet également certaines autres mesures, par exemple, une obligation de localiser géographiquement d'une façon satisfaisante pour le gouvernement les usines de production¹⁸. Pour sa part, le Protocole de Colonia empêche aussi les États d'imposer de telles obligations, et ne contient qu'une liste très partielle de celles-ci, mais permet une interprétation extensive en soulignant, à la suite de cette liste, que les États ne peuvent «imposer n'importe quelles autres

obligations similaires»¹⁹. Évidemment, il demeurent possible d'insérer des réserves concernant ces normes. Parmi les plus intéressantes, citons la réserve incluse à ce sujet dans l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili qui prévoit qu'un investisseur canadien investissant au Chili devra, s'il crée plus de 25 emplois, s'assurer qu'au moins 85% de ces emplois profitent à des personnes physiques du Chili²⁰.

Enfin, les autres accords étudiés dans ce travail *ne contiennent pas* de telle clause empêchant les États d'imposer des obligations de résultats.

Les transferts de capitaux

Un des moyens pouvant être utilisé par les gouvernements afin de garantir une certaine stabilité financière dans l'économie nationale est de restreindre, dans certaines situations, les transferts c'est-à-dire les exportations de capitaux en vue d'encourager les entrées d'investissements directs et, *a contrario*, de décourager l'arrivée de capitaux spéculatifs et plus volatils²¹. De telles restrictions peuvent être utiles, notamment pour se défendre contre une spéculation sur la monnaie ou des différents titres de l'économie nationale qui peuvent avoir un effet dévastateur sur une économie nationale ou régionale. Les exemples des récentes crises financières au Mexique et en Asie sont là pour nous rappeler ce point²². De plus, certains États

¹⁹ Protocole de Colonia, *Supra* note 4, art. 3 (4) [notre traduction].

²⁰ Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, 5 septembre 1996, en ligne: Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/geo/lac/cda-chili/menu.htm>> (date d'accès: 2 juin 1999) (entrée en vigueur: 2 juin 1997), annexe I du Chili.

²¹ Voir sur l'importance de ces règles G.L. Sandrino, «The Nafta Investments Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective» (1994) 27:2 *Vanderbid J. Of Transna'l L.* 259, aux pp. 314 et 315.

²² Au sujet de ces crises, voir notamment: C. Baumgartner, «The Demise of the Multilateral Agreement on Investment» [1998] *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 40 aux pp. 44 et 45; et M. Weisbrot et N. Watkins «Recent Experience with International Financial Markets: Lessons for the Free Trade Area of the Americas» (1999) Preamble Center, en ligne: Preamble Center <<http://www.preamble.org/FTAA/ftapaper.htm>> (en ligne: 15 janvier 2000), A. Gutierrez Arriola, «La inversion

¹⁷ Par exemple: ALÉNA, art. 1106 (1).

¹⁸ *Accuerdo de libre comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Republica de Costa Rica*, *Supra* note 10, art. 13-06 (5).

peuvent avoir l'intention d'adopter des codes d'investissements favorisant les investissements directs à l'étranger (IDE) plutôt que les investissements spéculatifs à court terme. Dans le cas du Chili, par exemple, cet objectif a été atteint par l'intermédiaire du décret-loi 600 (DL 600)²³, notamment par l'introduction d'une réserve obligatoire d'un pourcentage de l'investissement, réserve ne pouvant être retirée avant une période de un à trois ans après l'établissement de l'investissement. Se penchant sur ces mesures, Ffrench-Davis considère qu'«[il] n'y a pas de doute que les entrées de portefeuille et de court terme auraient été beaucoup plus importantes s'il n'y avait pas eu l'obligation de constituer des réserves»²⁴.

Or, justement, les différents accords et traités contiennent des clauses obligeant les États d'accorder «librement et sans retard tous les transferts se rapportant à un investissement effectué sur [leur] territoire par un investisseur d'une autre partie»²⁵. Afin de protéger sa législation cependant, le Chili a fait inclure dans ses traités des dispositions lui permettant d'autoriser les transferts des capitaux «en accord avec les procédures établies dans le territoire de chaque partie contractante»²⁶, ou à l'intérieur d'un délai d'un an²⁷. Dans le cas de l'*Accord de libre-échange* entre le Canada et le Chili, il est permis pour le Chili, grâce à l'annexe G-09.1, d'empêcher les transferts de capitaux canadiens suivant «la vente de la totalité ou d'une partie

de l'investissement d'un investisseur du Canada, ou du produit de la liquidation partielle ou totale d'un tel investissement», à l'intérieur d'une période allant jusqu'à 5 ans après la date du transfert de ces capitaux au Chili. Cet annexe permet également à ce pays d'imposer d'autres mesures allant à l'encontre d'un libre transfert des capitaux, telle que la mise sur pied d'une réserve de capitaux pour les investissements étrangers autre qu'un IDE et ce, pour une période ne dépassant pas deux ans²⁸.

Les expropriations

Nous avons vu auparavant²⁹ que c'est l'ajout des termes «directement ou indirectement» et «mesure équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation» dans l'article 1110 de l'*ALÉNA* qui permet actuellement à des investisseurs de poursuivre les gouvernements mexicain, américain et canadien sous prétexte d'expropriation et ce, sans qu'il n'y ait eu transfert réel de propriété. L'article 1110 se lit en effet comme suit :

Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation») sauf :

- a) pour une raison d'intérêt publique;
- b) sur une base non discriminatoire;
- c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et
- d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6³⁰.

Or, tous les autres accords contiennent, dans l'article correspondant aux conditions entourant les mesures de dépossession, un renvoi à la formule «directement ou indirectement» et/ou à «autres mesures équivalent». Par exemple, les deux protocoles conclus sur le sujet par les partenaires du Mercosur demandent à ceux-ci

extranjera: mito y realidad» (1998) 29:114 *Problemas del desarrollo* 127, aux pp. 142 et ss..

²³ Décret-loi no 600 (1974) établi par le Code sur les investissements étrangers publié dans la Gazette officielle le 16 décembre 1993, reconnu par décret comme ayant force de loi par la loi no 523 du ministère de l'Économie, du Développement et de la Reconstruction le 3 septembre 1993. Voir pour une analyse de cette législation: J. Irarrazaval, «Chile and the Investments under Nafta» dans L. Perret (éd.) *Vers une Amérique sans frontière/Towards a Borderless America*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, à la page 271. Certaines sources prétendent toutefois que des modifications majeures au décret seraient sur le point d'être adoptées.

²⁴ R. Ffrench-Davis, «Chili, la régulation des entrées de capitaux» (2000) 36 *Problèmes d'Amérique latine*, 35 à la page 53.

²⁵ Cette formulation est celle de l'*ALÉNA*, art 1109

²⁶ Par exemple dans *Tratado entre la Republica Argentina y la Republica de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones*, art. V (1).

²⁷ *Acuerdo entre la Republica de Chile y la Republica del Paraguay para la promoción y protección recíproca de las inversiones*, *Supra* note 9, protocole.

²⁸ *Accord de libre-échange Canada-Chili*, *Supra* note 21, annexe G-09.1.

²⁹ Voir R. Bachand, *Supra* note 3, aux pages 13 et suivantes.

³⁰ *ALÉNA*, *Supra* note 1, art. 1110. Les accords Canada-Chili, Chili-Mexique et Mexique-Costa Rica offrent une lecture à toutes fins utiles identique à ce sujet.

de ne pas prendre de «mesures de nationalisation ou d'expropriation ni aucune autre mesure qui aurait le même effet»³¹. Sous la rubrique «expropriation et compensation», le traité bilatéral Chili-Paraguay déclare que:

[a]ucune des Parties Contractantes n'adoptera de mesures qui privera directement ou indirectement de son investissement un investisseur de l'autre Partie Contractante, à moins que soient remplies les conditions suivantes :

Et suivent les trois principales conditions traditionnellement incluses dans les accords de libre-échange (conditions d'intérêt public, de non-discrimination et moyennant une compensation)³².

On peut donc, une fois de plus, relever la forte ressemblance entre ces accords sur le plan des objectifs, dans ce cas s'assurer que pourront être considérées comme étant une expropriation les mesures «équivalent» à une expropriation ou les expropriations «directes ou indirectes», voire même une homogénéisation sur le plan de la formulation puisque quelques uns de ces accords reprennent mot à mot la formulation de l'article 1110 de l'ALÉNA.

Les mécanismes de règlement des différends entre États et investisseurs étrangers

En dernier lieu, il importe de comparer les différents mécanismes de règlement des différends entre les États et les investisseurs étrangers dans le contexte des nombreux débats soulevés par celui inséré dans le chapitre 11 de l'ALÉNA.

Brièvement, rappelons l'analyse que nous formulions précédemment³³ : Pris de façon conjointe avec les obligations octroyées aux

États, ces mécanismes de règlements des différends investisseurs-États permettent aux investisseurs d'avoir un accès direct au processus législatif des États où ils investissent, dans la mesure où ces derniers se voient maintenant dans l'obligation de s'assurer que le capital étranger jouit des meilleures conditions possibles pour son développement, à défaut de quoi il peut le poursuivre devant un tribunal international utilisant le droit international. Cette utilisation du droit et des tribunaux internationaux représente un avantage important par rapport aux investisseurs nationaux qui ne possèdent, en cas de conflit avec l'État, que des recours internes.

Or, *chacun* des traités étudiés dans le cadre de ce travail possède un tel mécanisme permettant aux investisseurs étrangers, lorsqu'ils considèrent qu'un tribunal international leur serait plus favorable qu'un tribunal interne, de poursuivre l'État d'accueil des investissements s'ils considèrent que leurs droits ont été brimés. De plus, ces mécanismes fonctionnent tous, à très peu de choses près, de la même façon. Par exemple, ils font tous appel aux règlements d'arbitrage concernant le règlement des différends du CIRDI ou de la CNUDCI, à l'exception du *Protocole sur la promotion et la protection des les investissements venant d'États non-membres du Mercosur* qui prévoit plutôt un panel d'arbitrage *ad hoc*. De plus, ils demandent tous à l'investisseur de choisir entre un panel arbitral ou les tribunaux internes du pays concerné par la plainte, à l'exception de l'*Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica* qui lui, permet à l'inverse à l'État d'exiger que l'investisseur ait épuisé les recours administratifs internes³⁴. Mais quoi qu'il en soit, il n'existe pas en soit de modèle alternatif au mécanisme de l'ALÉNA à l'intérieur des accords étudiés.

Conclusion

L'analyse comparative de ces différents accords sur les investissements conclus par des pays des Amériques nous démontre qu'il existe

³¹ Par exemple le *Protocole de Colonia*, *Supra* note 4, art. 4 (1).

³² *Accuerdo entre la Republica de Chili y la Republica del Paraguay para la promocion y la protection reciproca de las inversiones*, 7 août 1995, en ligne Organization of American States <http://www.sice.oas.org/bits/chipar_s.asp> , art. 6 (1).

³³ R. Bachand, *Les mécanismes de règlements des différends relatifs aux investissements: l'ALÉNA comme modèle?*, GRIC, Cahier de recherche no 00-03, 2000, aux pages 35 et 36.

³⁴ *Accuerdo de libre comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Republica de Costa Rica*, *Supra* note 10, art 13-22 (2).

bien une forte tendance à l'uniformité au niveau du fond, mais aussi de la forme³⁵. En effet, en plus d'être formulés de façon à remplir les mêmes objectifs (la suprématie du droit de la propriété privée sur tout autre droit et la concentration du capital, tel que nous l'expliquions en introduction), leur rédaction même est souvent identique. Cette constatation nous amène donc à formuler deux conclusions, la première de caractère juridique, la seconde d'aspect plus politique.

Tout d'abord, étant donné que les acteurs les plus importants (États-Unis, Canada, Brésil, Chili, Argentine, Mexique) des négociations en vue de créer la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) concluent tous des accords sur les investissements qui sont, à toutes fins utiles, identiques, il y a peu à parier que surgisse un modèle alternatif comme cadre normatif à ce sujet à l'intérieur de la ZLÉA. Tout porte donc à croire que le modèle *ALÉNA* sera, sinon textuellement copié, à tout le moins utilisé comme modèle pour la formulation de l'accord sur les investissements. Le seul bémol à apporter sur ce point concerne certains États qui ne se sentaient pas menacés de conclure des accords avec des pays qui avaient des niveaux de développement économique sensiblement semblable au leur, mais qui vont peut-être craindre d'offrir aux États-Unis les mêmes avantages qu'ils ont accordés à d'autres pays d'Amérique latine. Mais si c'était le cas, auront-ils les moyens politiques de refuser de concéder les points voulus par les négociateurs américains? Sinon, peut-être devront-ils faire ce que le Mexique a fait lorsqu'il a conclu un *ALÉNA* comprenant un chapitre 11 qui ouvre presque sans limite le pays aux investisseurs étrangers.

D'autre part, cette homogénéité à doit nous faire prendre conscience d'une nouvelle réalité liée à la forme actuelle de la mondialisation capitaliste. Les bourgeoisies de ces pays d'Amérique latine font une analyse des réalités

économiques internationales qui leur font croire (à tort ou à raison) que leurs intérêts rejoignent de plus en plus les intérêts des bourgeoisies d'Amérique du Nord, traditionnellement impérialistes, et qu'elles sont capables d'entrer en concurrence avec elles et avec les autres bourgeoisies sur le plan international. Elles se sentent rendus au moment où elles doivent à tout prix exporter leurs capitaux et pour cela, elles sont prêtes à accepter que leur État ait moins d'outils pour les protéger contre cette même concurrence sur leur marché interne. Sur le plan théorique enfin, cette évolution inaugure une nouvelle phase d'«internationalisation» de l'impérialisme dans la mesure où les bourgeoisies du Sud participent de plus en plus au processus de concentration et d'internationalisation du capital.

³⁵ Avec les seules exceptions mineures que nous mentionnions en ce qui concerne l'obligation d'accorder le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée lors de l'établissement de l'investissement et l'interdiction d'imposer des obligations de résultats.