

S.D. MYERS ET LES LEÇONS DU DROIT INTERNATIONAL

Rémi Bachand

Octobre 2002

6,05 millions de dollars canadiens ! C'est ce qu'il en coûtera au gouvernement canadien pour avoir cherché à protéger une entreprise de décontamination de BPC d'Alberta contre la compétition de concurrents américains au cours des années 95 à 97.

Rappelons les faits : Depuis l'année 1990, le gouvernement canadien permettait l'exportation de BPC en direction des États-Unis. Toutefois, puisque la *U.S. Environment Protection Agency* (EPA) n'en autorisait elle-même l'importation que lorsqu'il s'agissait de BPC provenant de bases militaires américaines, le transport de ce produit entre le Canada et les États-Unis était, *de facto*, extrêmement limité.

En octobre 1995 toutefois, et à la suite de pressions de cette entreprise, l'EPA donna l'autorisation à la compagnie S.D. Myers d'importer des BPC canadiens afin d'en faire la décontamination à son usine située en Ohio. Dans les jours suivants, c'est au moins neuf autres compagnies qui ont également demandé à l'EPA de se prévaloir du privilège d'importer ce déchet.

Le 20 novembre 1995, cependant, le gouvernement canadien a pris la décision d'interdire l'exportation du produit aux États-Unis. Selon lui, cette mesure fut instaurée afin de respecter des engagements internationaux. En effet, le Canada a ratifié la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontalières de déchets dangereux et de leur élimination*¹. Cette convention, qui vise une gestion saine des déchets au niveau international, demande aux

Parties de réduire au maximum les transports transfrontaliers de produits dangereux et leur interdit d'exporter de tels produits dans des pays n'ayant pas ratifié cette convention, à moins qu'il n'existe un accord bilatéral prévoyant un tel échange. Or, le Canada a bien conclu un accord avec les États-Unis concernant le transport transfrontalier des matières dangereuses² mais prétendait ne pas être certain si les BPC étaient inclus dans celui-ci. Faut-il spécifier ici que la *Convention de Bâle*, comme quatre autres accords sur l'environnement, dont l'*Accord concernant les déplacements trans-frontaliers de déchets dangereux*, a prédominance sur l'*ALÉNA*. En effet, l'article 104 de l'*ALÉNA* décrète qu'en cas d'incompatibilité entre un de ces cinq accords et les obligations prescrites par l'*ALÉNA*, l'autre accord (dans ce cas-ci, la *Convention de Bâle*) prédominera³, en autant que la Partie aura fait en sorte que : « toutes les mesures nécessaires [ont été] prises pour donner effet aux dispositions du présent accord [...] »⁴. En ce qui concerne les accords qui ne sont pas inscrits dans la liste, et en cas d'incompatibilité, l'*ALÉNA* prévaut⁵.

² Accord concernant les déplacements trans-frontaliers de déchets dangereux, Can. et É-U, 28 octobre 1986, R.T.Can 1986 no 39 (entrée en vigueur: 8 novembre 1986).

³ *ALÉNA, 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 no 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur: premier janvier 1994) [ci-après: *ALÉNA*], art. 104 (1) c).

⁴ *ALÉNA, supra* note 3, art. 105.

⁵ *ALÉNA, supra* note 3, art. 103 (2). Pour une analyse de l'interaction entre l'*ALÉNA* et les autres accords, dont ceux sur l'environnement, voir : R. Bachand : *ALÉNA et suprématie du droit commercial : Quel statut pour les traités en matière de droit de l'environnement?*, en ligne : Centre d'étude sur le droit international et la mondialisation, www.cedim.uqam.ca. Cette note soulignait la priorité donnée au commerce sur les autres domaines

¹ *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements trans-frontières de déchets dangereux et de leur élimination*, 22 mars 1989, 28911 R.T.N.U. 57, R.T.Can. 1992 No 19 (entrée en vigueur: 5 mai 1992, entrée en vigueur au Canada: 26 novembre 1992) [ci-après: *Convention de Bâle*].



Donc, le Canada n'avait, selon lui, d'autre choix que d'interdire l'exportation de BPC afin d'agir conformément à ses obligations internationales.

Selon S.D. Myers toutefois, il n'en était rien. L'intention du Canada dans son action était plutôt de protéger certaines compagnies canadiennes qui n'auraient pas été en mesure de faire face à sa concurrence. Une telle interdiction lui empêchant d'importer des BPC canadiens en direction de son usine en Ohio afin de décontaminer ceux-ci, la mesure canadienne équivalait à une perte de marché pour la compagnie. Lors des auditions, celle-ci a cité une note donnée à la ministre de l'Environnement d'alors l'assurant qu'une telle mesure violerait les obligations du Canada envers le chapitre 11 de l'ALÉNA. La note faisait aussi remarquer que :

on ne peut affirmer que l'ouverture de la frontière américaine crée de risques [envers l'environnement ou la santé humaine] significatifs. Il sera difficile d'argumenter à l'effet que le transport de BPC vers les États-Unis pose un danger plus grand que le transport du même produit jusqu'à Swan Hill en Alberta⁶.

La compagnie états-unienne poursuivait donc le Canada en vertu des règles prévues à cet effet dans la partie B du chapitre 11 de l'ALÉNA. Cette partie du controversé chapitre sur les investissements prévoit en effet qu'un investisseur pourra poursuivre un État accueillant ses investissements s'il croit que cet État a violé certaines des obligations que lui confère la première partie de ce chapitre. Dans un tel cas, un panel d'arbitres est formé et celui-ci doit juger la conformité des mesures du gouvernement avec l'Accord. S.D. Myers alléguait donc que le Canada avait violé les articles concernant le traitement national, la norme minimale de traitement, les obligations de résultat et les expropriations.

Dans sa première décision partielle, rendue le 13 novembre 2000, le panel s'est d'abord penché sur l'obligation du Canada d'empêcher l'exportation de BPC vers son voisin du sud afin de se conformer à la *Convention de Bâle*. Pour les membres du panel, il s'est avéré clair que le Canada a adopté de telles mesures, non pas afin de se conformer à cet accord international, mais plutôt afin de protéger ses usines nationales, dont celle de Swan Hill en Alberta. À ce sujet, le panel explique dans sa décision que :

[I]e 6 décembre 1995, le Canada a envoyé une note diplomatique aux États-Unis leur demandant si les BPC étaient définis comme étant des déchets dangereux sous la législation américaine, et si les BPC étaient couverts par l'*Accord concernant les déplacements trans-frontaliers de déchets dangereux*. Le 23 janvier 1996, les États-Unis ont confirmé que la réponse aux deux questions était «oui». Le Canada a

eu la possibilité d'enquêter sur les craintes qu'il avait bien avant qu'il établisse sa législation à ce sujet. Il était alors bien évident qu'il était possible d'ouvrir les frontières⁷.

Les BPC étant inclus dans la liste, le Canada ne pouvait avoir raison d'empêcher l'exportation de BPC vers les États-Unis afin de respecter la *Convention de Bâle* puisque celle-ci permet le transport transfrontalier des déchets lorsqu'un accord bilatéral est en vigueur entre deux pays.

Cette constatation faite, le panel devait donc s'attarder aux quatre articles violés, selon S.D. Myers, par le Canada. Le panel arbitral a d'abord rejeté la plainte de l'entreprise concernant l'expropriation et les obligations de résultats⁸. Elle lui a cependant donné raison à propos du traitement national et de la norme minimale de traitement.

Concernant le traitement national, le panel a d'abord expliqué que Myers et les compagnies canadiennes de décontamination de BPC étaient dans des « circonstances similaires » et que le traitement offert par le gouvernement canadien ne devait pas être discriminatoire envers l'investisseur américain. Or, les mesures canadiennes étaient, a conclu le panel, discriminatoires à l'égard de S.D. Myers et violaient par conséquent la règle du traitement national exigée par l'ALÉNA.

Au sujet de la norme minimale de traitement, le panel a également conclu à la violation de l'accord, principalement au motif que : « la violation de l'article 1102 [concernant le traitement national] établit essentiellement la violation de l'article 1105 également »⁹. À ce moment, plusieurs observateurs ont été surpris par ce raisonnement qui n'allait pas nécessairement dans le sens des enseignements de la jurisprudence et de la doctrine. Il faut souligner que la signification concrète de la norme minimale de traitement est extrêmement floue, les experts étant eux-mêmes incapables de s'entendre sur celle-ci. Or, quelques mois plus tard, la Commission de l'ALÉNA, qui a, entre autres, pour fonction d'interpréter l'Accord, a émis une note d'interprétation qui allait à l'encontre de l'analyse faite par le panel dans la décision concernant S.D. Myers. À cette occasion, la Commission a notamment fait savoir que : « La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALÉNA ou d'un autre accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105 (1) [concernant la norme minimale de traitement] »¹⁰. Cette note d'interprétation ne pouvait pas, toutefois, modifier la décision que le panel avait rendue quelques mois plus tôt.

À l'époque, le panel avait décidé de laisser à plus tard la détermination du montant de la compensation que le

dans l'espace juridique nord-américain que crée l'ALÉNA. Nous y soulignons notamment que de nouveaux traités sur l'environnement, par exemple, seraient soumis à l'Accord de commerce à moins que les Parties s'entendent pour modifier l'ALÉNA, ce qui risque d'être difficile à réaliser pour les négociateurs, supposant que tel seraient leurs souhaits.

⁶ S.D. Myers contre le Canada, Statement of claim, en ligne: <http://www.appletonlaw.com/cases/mclaim.pdf> (date d'accès: 30 avril 2000) §20.

⁷ S.D. Myers c le Gouvernement du Canada (décision partielle) (2000), en ligne Appleton et associés, <http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf> (date d'accès: 14 novembre 2000), §190, [ci-après: Myers c. Canada(1)], [notre traduction].

⁸ Pour une analyse plus en profondeur de la décision, voir : R. Bachand, *Que penser du résultat de la poursuite S.D. Myers contre le Canada ?*, en ligne, GRIC, www.gric.uqam.ca.

⁹ Myers c. Canada (1), supra note 7, §266, [notre traduction].

¹⁰ Commission de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001, § B. 3.

Canada aurait à verser à S.D. Myers. Cette décision a été rendue il y a peu, le 21 octobre 2002. Celui-ci a exigé du Canada qu'il verse 6,05 millions de dollars plus intérêts à la compagnie S.D. Myers en compensation¹¹.

Quelques points sont à souligner à propos de la poursuite et de la décision de S.D. Myers. Premièrement, le panel a dû faire mention de l'articulation entre l'*ALÉNA* et les autres traités internationaux que consacrent les articles 104 et 105. Ces articles confirment la supériorité de l'Accord sur les autres traités (à l'exception de cinq d'entre eux) en cas d'incompatibilité. Deux questions sont à soulever à ce propos. On peut, d'une part, se demander quel sera le statut des nouveaux traités tels que le Protocole de Kyoto, par exemple. La lecture de l'*ALÉNA* et de ses articles 104 et 105 nous force à conclure qu'en cas d'incompatibilité entre ces deux accords, ce seraient les règles de l'*ALÉNA* qui domineraient. Ainsi, à cinq exceptions près, les règles de droit commercial que consacre l'*ALÉNA* prédominent sur les règles qui pourraient émaner d'autres traités concernant le droit de l'environnement et les droits humains, par exemple. On doit donc conclure que l'*ALÉNA*, par ses articles 104 et 105, introduit une certaine hiérarchie du droit international, le droit commercial international dominant clairement les autres droits, tels que le droit de l'environnement et les droits humains. Le second point concerne la signature, la ratification et la mise en œuvre éventuelles d'un traité créant une Zone de libre-échange des Amériques. Les textes de ces négociations ont été rendus publics au cours de l'été 2001. Outre le fait que ces textes semblaient, pour certains au moins, dater de quelques mois, on doit souligner que seuls les textes de neuf groupes de négociations (qui concernent des domaines bien précis du commerce) ont été dévoilés. En d'autres mots, les dispositions générales, telles que celles qui prévoient la prédominance du dit accord sur les autres traités, n'ont pas été divulguées. Pourtant, ces dispositions sont d'une importance cruciale pour la compréhension de la mise en place d'une zone de commerce telle qu'on cherche à en créer une dans le cadre de la ZLÉA.

En outre cette analyse s'appuie maintenant sur des éléments encore plus tangibles. Le processus de règlement des différends qui a été utilisé par S.D. Myers pour soutirer une compensation de 6,05 millions de dollars plus intérêts au Canada démontre bien l'efficacité des nouveaux mécanismes de sanction en droit commercial international. Parallèlement à la décision de S.D. Myers et au mécanisme de règlement des différends investisseur-État inclus dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, nous pourrions évoquer les procédures de règlement des différends État-État du même Accord ou l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Ces mécanismes sont les premiers à être aussi efficaces en ce qui concerne la mise en œuvre du droit international. Ainsi, alors que les violations des obligations contractées par les États en vertu des différents traités environnementaux ou de droits humains se multiplient lorsqu'un mécanisme de mise en conformité les

accompagne, celui-ci s'avère d'une efficacité aléatoire (aléatoire, entre autres, parce que soumis directement aux pressions politiques de toutes parts). À l'inverse, le droit commercial qui consacre les obligations des États envers les commerçants, et spécialement le droit de l'investissement qui implique des obligations envers les investisseurs, a mis en place, au cours des dernières décennies, des mécanismes efficaces qui forcent les États à respecter les obligations contractées. Cette efficacité exemplaire en matière de droit international nous force à conclure, une fois de plus, qu'il existe bien une hiérarchie en droit international et que le haut de cette hiérarchie est occupé par le droit commercial.

Que doit-on envisager pour l'avenir ? Quelques semaines après la première décision du panel d'arbitrage concernant la poursuite de S.D. Myers, le ministre canadien du Commerce international, M. Pierre Pettigrew, affirmait vouloir renégocier le chapitre 11. Plus encore, il affirmait que le Canada refuserait d'entrer dans la ZLÉA si le chapitre sur les investissements ressemblait au chapitre 11 de l'*ALÉNA*¹². À ce moment, le mécanisme de règlement des différends investisseur-État était au centre des récriminations du ministre. A-t-il été la cible, par la suite, de pressions, et si oui, celles-ci étaient-elles principalement internes ou externes ? Nous ne pouvons répondre. Toujours est-il qu'on apprenait dernièrement que le Canada trouvait nécessaire d'inclure un tel mécanisme à l'intérieur du chapitre sur les investissements de la ZLÉA afin d'assurer la protection des investissements canadiens à l'étranger¹³. Cette position démontre bien, une fois de plus, l'agenda politique du Canada pour qui la protection des investisseurs canadiens à l'étranger est prioritaire par rapport au droit de l'environnement et aux droits humains pour lesquels on est toujours plus lent à mettre en place des mécanismes efficaces de mise en œuvre.

¹¹ *S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada* (deuxième décision partielle) (2002), en ligne, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/MyersPA.pdf>> (date d'accès : 23 octobre 2002).

¹² M. MacKinnon, « Canada Seeks Review of NAFTA'S Chapter 11 » *The Globe & Mail* (13 décembre 2000) B-1 et B-7.

¹³ E. Desrosiers, « ZLÉA : le Canada veut un 'chapitre 11' » *Le Devoir* (25 octobre 2002) A-9.