



Canadian Council on International Law
Conseil canadien de droit international

47^e Congrès annuel
Le droit international aux frontières
1 & 2 novembre 2018, Ottawa

**Panel B1 – De la porosité des frontières normatives du droit international :
l'exemple du droit international économique**

Modératrice : Geneviève Dufour – Université de Sherbrooke

Conférenciers : Geneviève Dufour – Université de Sherbrooke

Céline Lévesque – Université d'Ottawa

Arthur Oulaï – Université de Sherbrooke

François Roch – Université du Québec à Montréal

Rapporteur : Sidy Diallo

Ce panel a mis en exergue la porosité des frontières normatives du droit international à travers l'exemple du droit international économique (ci-après, DIE). Pourquoi le DIE pour illustrer la perméabilité des frontières normatives du droit international? Parce qu'on dit souvent du DIE qu'il est un droit qui absorbe d'autres domaines du droit international ou, à l'opposé (et c'est selon), qu'il ne les prend pas suffisamment en ligne de compte. Toujours est-il que le perfectionnement du DIE le conduit, désormais, à pénétrer en des domaines qui n'étaient pas les siens.

Il en va de même du concept de « développement durable », un concept qui n'est d'ailleurs pas étranger au DIE¹. Dire que cette branche du droit international public pourrait connaître une nouvelle (r)évolution grâce au programme onusien des objectifs de développement durable (ODD)². En attestent les exposés de Geneviève Dufour sur l'inclusion des normes de protection de l'environnement et des droits humains

¹ La charte constitutive de l'OMC, l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, intègre le concept de développement durable. Voir le paragraphe premier de son préambule.

² En 2015, l'ONU a adopté le Programme de développement durable à l'horizon 2030 et ses 17 objectifs de développement durable (ODD).

dans les accords commerciaux internationaux (I) et de François Roch, sur les enjeux et perspectives du DIE à l'ère contemporaine du développement durable (II).

Sur les sentiers traditionnels du DIE, en droit international des investissements, Céline Lévesque a livré un exposé critique de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire Bear Greek Mining Corporation c. République du Pérou, et ce, relativement à l'interprétation des exceptions générales³ dans les traités d'investissement (III).

Finalement, le droit international du commerce, autre domaine traditionnel du DIE, était en toile de fond de l'exposé d'Arthur Oulaï, qui a livré un compte rendu de son regard sur le contenu de quelques accords de libre-échange en matière de commerce électronique (IV).

I. L'inclusion des normes de protection de l'environnement et des droits humains dans les accords commerciaux internationaux : de l'utilité de les développer dans les forums pertinents (Geneviève Dufour)

Un sujet de plus en plus important : les accords commerciaux internationaux (ou accords de libre-échange – ci-après, ALE) prennent de plus en plus en compte des considérations ayant trait à la protection de l'environnement et des droits humains. Reste à savoir si les organisations internationales sont des forums pertinents à cet égard.

La question de la conciliation

Comment le droit international du commerce peut-il être concilié avec les impératifs de protection de l'environnement et des droits humains?

Une conciliation en trois phases

La professeure Geneviève Dufour identifie trois (3) phases dans cette tentative de conciliation entre commerce international et protection de l'environnement et des droits humains.

D'abord, une **phase d'incompréhension**. C'est une phase de refus, de déclarations, de manifestations. C'est aussi une phase où il y a une multiplication de mémoires de maîtrise et de thèses de doctorat sur le sujet. Les citoyens se sentaient déposséder du fait que les décisions étaient prises à un niveau qu'ils ne contrôlaient plus vraiment. C'est aussi une époque où tous les universitaires étaient critiques à l'égard de l'OMC, à l'égard de l'ALÉNA, à l'égard de la mondialisation, à l'égard du libre-échange... Il fallait que les États négociateurs et leurs juges (allusion ici aux juges de l'OMC et aux arbitres nommés en vertu des ALE) comprennent que le commerce ne pouvait pas passer avant tout, que les citoyens avaient leur mot à dire.

Ensuite, une **phase d'accalmie**. Le système est devenu un peu plus transparent ; les juges de l'OMC ont notamment admis que les accords commerciaux s'analysaient et s'interprétaient à l'aune des autres normes du droit international. Par exemple, la reconnaissance que les citoyens ont le droit d'exiger

³ Il s'agit d'exceptions générales de type article XX du GATT 1994.

l'étiquetage des produits tout simplement pour en connaître le pays d'origine. Autre exemple : il y a longtemps que le droit d'adopter des mesures de protection d'espèces en voie de disparition est reconnu aux États membres de l'OMC.

Mais, aujourd'hui, on a dépassé cette phase d'accalmie, du moins en ce qui concerne le Canada. Nous sommes arrivés à une phase ultérieure, une **phase d'acceptation des ALE**. Il s'agit d'une phase d'adhésion au libre-échange. D'aucuns diront que c'est une phase de résignation. Selon la professeure Dufour, l'explication est plurielle : par dépit, par résignation, par mimétisme, par adhésion à la doctrine économique libérale... Reste que le constat est sans équivoque que nous vivons dans un monde interdépendant et commercial, un monde marqué par le phénomène de la mondialisation.

Pour M^e Dufour, la réalité que nous vivons – la multiplication des ALE et le phénomène inéluctable de la mondialisation économique – rend donc les règles du commerce international nécessaires.

Alors, pour ou contre les ALE? Pour elle, l'important est de sortir de ce discours manichéen de pour ou contre les ALE et de tenter de les rendre plus humains, plus solidaires, relativement aux préoccupations en matière de protection de l'environnement et des droits humains.

Conséquemment, la professeure Dufour croit qu'en matière d'ALE, au moins en partie, on est rendu à une phase d'acceptation, du moins en ce qui a trait au Canada⁴. Selon elle, il y a donc un certain début de consensus sur la pertinence des ALE : on veut les ALE. Mais on les veut progressifs et mieux adaptés aux considérations sociales et environnementales, aux préoccupations des consommateurs, à la diversité culturelle, etc.

Toutefois, M^e Dufour admet qu'il reste beaucoup à faire en matière de conciliation commerce et protection des droits humains et de l'environnement.

Force est de constater qu'il y a non seulement une multiplication des ALE mais aussi une intensification, en ce sens qu'ils deviennent de plus en plus importants et couvrent de plus en plus de secteurs. Ce qui permet, selon les mots de Geneviève Dufour, de faire « des bonds de géant » dans la notion de conciliation droits humains-commerce-environnement.

Pour M^e Dufour, si les ALE sont indéniablement un moyen de faire progresser le commerce international, il n'en demeure pas moins vrai que ces instruments conventionnels sont aussi un moyen parmi plusieurs – un moyen certes imparfait – pour la mise en œuvre des normes de protection de l'environnement et des droits humains. À preuve, elle cite, entre autres exemples, le nouvel ALÉNA.

⁴ Selon elle, ce constat est le fruit de ses observations depuis le début d'août 2017, date où ont débuté les discussions sur la renégociation de l'ALÉNA. On a vu des groupes traditionnellement hostiles aux ALE exprimer leurs craintes de perdre l'ALÉNA (syndicats de travailleurs et ONG, par exemple), a-t-elle fait remarquer.

L'exemple du nouvel ALÉNA : l'ACEUM⁵

Selon Geneviève Dufour, la nouvelle génération d'ALE – à l'instar du nouvel ALÉNA – regorge de considérations ayant trait à la protection de l'environnement et aux droits humains. Mieux, parfois même, on va jusqu'à assujettir les chapitres dédiés à l'environnement et à la protection des droits des travailleurs au mécanisme de règlement des différends.

Aux yeux de la professeure Dufour, l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (ACEUM) est probablement le plus complet des ALE en matière de protection de l'environnement et des droits de la personne (y compris les droits des travailleurs). Selon elle, à lire le (long) chapitre consacré à la protection de l'environnement dans le nouvel ALÉNA, on a parfois l'impression d'avoir à faire à un vrai traité de protection de l'environnement.

Néanmoins, les ALE offrent un panorama extrêmement variable relativement aux normes de protection des droits humains et de l'environnement. Non seulement les ALE ne prévoient pas dans leur ensemble les mêmes règles, et même lorsqu'ils prévoient des règles, la protection est variable. De plus, le degré d'« obligatorité » varie de la norme contraignante (*hard law*) à la norme non contraignante (*soft law*).

Force est de constater qu'en fait de normes de protection des travailleurs, les ALE reprennent quasiment invariablement les mêmes principes fondamentaux de base ; il s'agit bien souvent de normes qui posent des obligations *erga omnes*. Du moins, il y a une entente sur un minimum commun, sur un socle commun. En revanche, en matière d'environnement, les normes de protection demeurent variables. Certes, il existe une kyrielle de traités en matière de pêche, de forêt, de protection de la couche d'ozone, de produits chimiques, etc., mais il n'y a pas de texte qui énonce un minimum commun à atteindre et à respecter par tous.

De l'utilité des organisations internationales pertinentes

De là, l'utilité du travail qui est fait par les organisations internationales (OI) compétentes quant à la production des normes et leur interprétation. À défaut d'OI pour interpréter les normes, ce serait au juge commercial international de les interpréter.

Avec la multiplication d'ALE de type nouvelle génération, on pourrait croire que c'est le DIE qui est finalement devenu le lieu de production de normes de protection de l'environnement et des droits humains. Mais cela ne diminue-t-il pas le rôle des OI pertinentes? Non, selon M^e Dufour. Au contraire, il subsiste un besoin permanent des OI, lesquelles doivent être efficaces, ne serait-ce que pour établir un socle commun à respecter par tous.

Les OI en viennent donc à produire des normes qui sont par la suite reprises dans les ALE. Or, sans cette production en amont de normes au sein des OI pertinentes, les ALE ne les incorporeront pas. Ce qui,

⁵ L'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (ACEUM) est l'accord qui a remplacé l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). Couramment, on réfère à l'ACEUM en parlant de « nouvel ALÉNA » ; d'aucuns le baptisent aussi « ALÉNA 2.0 ».

évidemment, entraverait l'objectif de conciliation du commerce d'avec les normes de protection de l'environnement et des droits humains.

Pour la professeure Dufour, il est important de continuer à développer des normes communes au sein des forums pertinents. Il faut dire que ce défi est davantage du côté des normes environnementales, où c'est encore l'hétérogénéité qui prévaut.

Par ailleurs, M^e Dufour a rappelé qu'elle fait partie du Groupe d'experts pour le projet du *Pacte mondial pour l'environnement*, un traité en gestation. Ce traité a pour but de fixer des normes minimales communes en matière d'environnement.

En définitive, pour Geneviève Dufour, c'est vrai que le DIE absorbe tout (référence ici aux normes de protection de l'environnement et des droits humains). Reste que le DIE a toujours un défi à relever, soit celui de mieux prendre en compte les considérations non économiques. Tant que ces considérations non économiques demeureront floues, molles, imprécises, a-t-elle renchéri, le DIE pourrait en faire fi. D'où le rôle primordial des OI pertinentes, car elles participent justement à la création et à l'interprétation de normes communes minimales précises, reprises par la suite dans les ALE (le DIE donc), dans les législations nationales des Parties contractantes, voire par le juge commercial international (reprises par le juge commercial international, puisque dans ce scénario l'interprétation lui échappe).

II. Le droit international économique à l'ère du développement durable : enjeux et perspectives (François Roch)

François Roch a fait son exposé sur l'incidence potentielle du développement durable (DD) sur le droit international économique (DIE). Dit autrement, comment le concept de développement durable peut-il influencer le développement et l'évolution du DIE?

La question de base que pose le professeur de droit à l'UQÀM est la suivante : le concept de développement durable peut-il influencer le DIE dans les prochaines années? Oui, en théorie, mais ce sera difficile en pratique, selon lui.

Après avoir passé en revue l'histoire et l'essor du développement durable au niveau international, « de Brundtland aux ODD (1987 – 2015) », François Roch a analysé les incidences potentielles du concept de développement durable sur l'évolution du DIE dans les années à venir.

Selon le professeur Roch, vu qu'il n'existe pas de normes véritablement contraignantes en l'état actuel du droit positif, c'est donc très indirectement en mobilisant le droit international des droits humains, en mobilisant le droit international de l'environnement et le droit international économique, que l'on peut chercher des normes de *hard law* en lien avec la réalisation des ODD.

En outre, il a fait remarquer que lorsqu'on s'intéresse à l'influence potentielle du concept de développement durable sur l'évolution du DIE, il faut bien réaliser qu'on est devant deux ensembles normatifs foncièrement différents, n'ayant pas nécessairement le même degré de positivité. On est face à un droit dérivé, celui de l'OMC, avec un degré de positivité (régimes de sanctions, examen de politiques commerciales, mécanisme de règlement des différends, etc.), et l'OMC a une structure très institutionnalisée et formalisée. Alors que lorsqu'on parle de développement durable on est presque toujours dans un « univers de *soft law* », a fait observer le conférencier, non sans avouer sa frustration en tant qu'observateur de longue date de l'évolution des stratégies onusiennes en matière de développement durable.

D'après le professeur Roch, outre le degré de positivité, un autre élément à considérer est l'ordre juridique de référence, lorsqu'on analyse l'influence potentielle du concept de DD sur le DIE. À cet égard, au plan international, le DD renvoie à des engagements politiques, à des normes de *soft law*. Par contre, sur le plan interne, la question se pose différemment : il y a des normes de droit positif. Il a cité l'exemple de la loi québécoise sur le développement durable (adoptée en 2006).

Reste que dans une perspective onusienne, il est de la responsabilité individuelle des États de formaliser dans leur ordre juridique interne les obligations découlant de leurs engagements internationaux en matière de DD. On peut en arriver ainsi à une mise en œuvre dans les ordres juridiques nationaux avec des normes de droit positif alors même qu'à l'international ça demeure des normes de *soft law*.

Sans aller en détail à travers tous les 17 ODD, le conférencier a pris le soin de rappeler qu'il s'agit essentiellement de l'énoncé d'un programme politique. François Roch a souligné que, sur le plan organique, l'OMC est une organisation apparentée au système de l'ONU (et non une organisation

spécialisée de l'ONU), avec des liens historiques et de coopération interinstitutionnelle. La plupart des ODD ne sont pas d'ordre économique uniquement, mais ils incluent une dimension économique. D'où le fait que la coopération ONU-OMC vis-à-vis des ODD soit nécessaire. De plus, le conférencier a reconnu la nature multidimensionnelle du concept de DD (les dimensions sociale, environnementale et économique).

Pour le professeur Roch, il y a bien des difficultés d'arrimage du DD au DIE. Abordant la finalité des normes, il a rappelé que celles du commerce international visaient à la libéralisation et que celles en matière d'investissements directs étrangers (IDE) visaient la sécurisation et la libéralisation des flux d'IDE.

Jusqu'à quel point le programme des ODD sera-t-il en mesure d'apporter une transformation qualitative du commerce international?

Pour donner une idée des défis qui s'annoncent, le conférencier a pris l'exemple de l'*ODD #10 : Inégalités réduites - Réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre*. Le professeur Roch s'est posé la question suivante : « Comment le DIE peut-il évoluer dans un contexte où il y a une concentration réelle du capital et des moyens de production au sein d'un nombre très réduit d'États? » Il a mentionné que 80% du PIB mondial est essentiellement constitué des États-Unis, de l'Union européenne, du Japon et de la Chine.

François Roch a conclu que, dans les prochaines années, le DIE va devoir évoluer de manière à tenir davantage compte des dimensions sociale et environnementale – soit les considérations non économiques. Selon lui, cette transformation est balbutiante : c'est le début d'une nouvelle ère. Mais, pense-t-il, il reste encore nombre d'inconnus. Du reste, « l'histoire nous dira si le DD, et en particulier le programme des ODD, a eu une influence, sur le plan normatif, par rapport au DIE ».

III. L'interprétation des exceptions générales dans les traités d'investissement à l'aune de la sentence dans l'affaire *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou* (Céline Lévesque)

Dans le cadre de cette communication, la doyenne Céline Lévesque revient sur un sujet qu'elle avait déjà abordé lors du congrès annuel du Conseil canadien de droit international en 2011. Elle avait alors soulevé le risque que les tribunaux d'arbitrage *ad hoc* interprètent les exceptions générales de type article XX du GATT dans les traités d'investissement d'une manière qui restreindrait la marge de manœuvre des États plutôt que de l'élargir ou de l'étendre.

La sentence dans l'affaire *Bear Creek*⁶, rendue à la fin de l'année 2017, a confirmé certaines de ses craintes et l'a incitée à revisiter le sujet de l'interprétation des exceptions générales dans les traités d'investissement.

Essentiellement, elle a concentré son exposé sur les liens entre les exceptions générales et les dispositions relatives à l'expropriation, en particulier l'Annexe sur l'expropriation de l'ALE Canada-Pérou.

A. Enjeux découlant de l'inclusion d'exceptions générales de type article XX du GATT dans les traités d'investissement

Formulation. - Voici comment se présentent les exceptions générales dans l'ALE Canada-Pérou :

3. [...] sous réserve qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs, soit une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international, aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie des mesures nécessaires :

a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, étant entendu par les Parties que ces mesures englobent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;

b) pour assurer l'observation des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord;

c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques.

Fonctionnement du mécanisme des exceptions générales. – D'abord, il y a une liste d'objectifs. Il faut qu'il y ait un lien entre la mesure et l'objectif; et la mesure doit être nécessaire. Ensuite, les conditions du chapeau de l'article 3 de l'ALE doivent être respectées : la mesure ne doit pas être discriminatoire ou arbitraire, ni constituer une restriction déguisée.

Contexte. – Depuis 1994, la pratique du Canada a été d'inclure de telles exceptions dans ses traités d'investissement (TI). Pionnier en la matière, le Canada n'est toutefois pas le seul pays à avoir adopté

⁶ *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, CIRDI, 30 novembre 2017 (ICSID Case No. ARB/14/21).

cette pratique. De plus en plus de pays optent pour l'inclusion de telles exceptions dans leurs TI. Elle a noté au passage qu'aucune telle exception ne s'appliquait dans le cadre du chapitre 11 de l'ALÉNA.

La doyenne Lévesque tourna son attention brièvement au droit international de l'expropriation : pour qu'il y ait expropriation, le tribunal doit conclure à une privation importante de droits de propriété (en anglais, *substantial deprivation of property*). Alors, s'il y a une privation importante de droits de propriété d'un investisseur étranger et que l'État hôte de l'investissement n'offre pas une compensation, le tribunal va conclure à une expropriation et l'État devra payer, à moins que cette mesure ne tombe dans les pouvoirs de police de l'État, auquel cas il n'y aura pas de compensation à payer.

Plusieurs tribunaux d'arbitrage *ad hoc* ont reconnu l'application de la doctrine du pouvoir de police tirée du droit international coutumier, et ce, même lorsque le traité d'investissement ne prévoyait pas une telle application.

Quels sont donc les enjeux? Un des enjeux a trait à l'interaction entre la doctrine du pouvoir de police (droit international coutumier) et l'exception générale dans le traité d'investissement. Selon la conférencière, les tribunaux n'ont pas eu souvent l'occasion de se pencher sur cette question. Selon elle, la sentence dans l'affaire *Bear Creek* est la première à avoir donné une réponse à cette question de l'interaction, dans un contexte où le traité comprenait une annexe spécifique à l'expropriation.

B. L'interprétation faite par le tribunal de l'exception générale dans l'affaire Bear Creek

C'est essentiellement la question de l'expropriation qui a été abordée par Céline Lévesque.

(i) Résumé de l'affaire Bear Creek

Un investisseur canadien investit dans un projet minier au Pérou, dans une zone (Santa Ana) proche de la Bolivie. La Constitution péruvienne prévoit que les étrangers ne peuvent pas détenir de concessions pour exploiter une mine dans la zone en question sans que le gouvernement n'adopte un décret de nécessité (*i.e.* on donne une permission à un étranger d'opérer dans la zone). Usant alors d'un subterfuge, la compagnie Bear Creek a demandé à l'une de ses employés de nationalité péruvienne d'acquérir la concession minière qu'elle convoitait. Et une fois le décret de nécessité publique obtenu, il y a eu un transfert des droits sur la concession minière de l'employée à la compagnie, laquelle est détenue par des étrangers⁷.

Toujours est-il qu'il n'y a pas eu d'acceptation sociale du projet minier; il y a eu des manifestations, des heurts et de la violence. Et cela, jusqu'à ce que le gouvernement décide d'adopter un nouveau décret qui venait révoquer celui adopté auparavant. Le gouvernement a prétendu que la concession de Santa Ana avait été obtenue illégalement à cause du stratagème utilisé par la compagnie. Mais cette

⁷ Selon la doyenne Lévesque, un autre fait important à relever dans cette affaire est que l'investissement se faisait sur des terres autochtones. L'affaire soulève donc des questions relatives au devoir de consulter les communautés locales en vue de l'obtention d'un permis social (en anglais, *social licence*). Ces questions n'ont pas été abordées dans le cadre de cette conférence.

prétention n'étant pas appuyée par la preuve, le tribunal arbitral a conclu dans les faits qu'il y avait eu une expropriation indirecte en l'occurrence.

(ii) De l'interaction entre la doctrine du pouvoir de police et l'exception générale dans l'ALE Canada-Pérou

Arguments des parties. - En gros, l'argument du Pérou était que la doctrine du pouvoir de police était applicable, qu'il lui incombait de s'assurer de la protection des citoyens, car leur santé et leur sécurité étaient en jeu du fait de la violence. Par contre, l'argument de la compagnie Bear Creek était qu'il n'y a pas de référence explicite à ladite doctrine dans le traité, alors ce n'était pas applicable. Cet argument a mené le Pérou à s'appuyer sur la présence de l'exception générale afin de justifier l'application de la doctrine du pouvoir de police.

À noter que, dans cette affaire, le Canada s'est prévalu de son droit de faire des soumissions au tribunal sur des questions d'interprétation. Le Canada a référé à l'Annexe sur l'expropriation et a offert une reformulation du dernier paragraphe de ladite annexe sans toutefois y référer nommément. Chose qui, selon la conférencière, n'a pas aidé au raisonnement du tribunal.

Le dernier paragraphe de l'Annexe sur l'expropriation se lit comme suit :

c. Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou le train de mesures est si rigoureux au regard de son objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'il a été adopté et appliqué de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement.⁸

D'après Céline Lévesque, le libellé du texte susmentionné n'est pas sans rappeler la doctrine du pouvoir de police consacrée en droit international coutumier.

Qu'en est-il de l'approche du tribunal?

(iii) Approche du tribunal

D'abord, le tribunal arbitral a passé en revue les critères de ladite annexe pour montrer qu'il s'agissait bel et bien d'une expropriation indirecte. En fait, il y avait eu une privation importante de droits de propriété de l'investisseur canadien, Bear Creek.

Abordant la question fondamentale de la doctrine du pouvoir de police, d'entrée de jeu le tribunal cite la soumission du Canada, soit le paragraphe particulier de l'Annexe (qui avait été reformulé par le Canada).

⁸ Annexe 812.1 Expropriation indirecte – ALE Canada-Pérou.

À cet égard, le tribunal déclare : « The Tribunal does not disagree with this general evaluation, but considers that it must be taken into account in the context of the specific provisions provided in the FTA. »⁹

Ensuite, le tribunal examine les exceptions générales prévues dans l’ALE. Ici, les exceptions générales réfèrent à trois objectifs (voir l’art. 3 du traité Canada-Pérou, déjà mentionné, *supra*). En gros, pour le tribunal, si le texte conventionnel a prévu seulement ces exceptions-là, c’est qu’il n’y en a pas d’autres qui sont applicables. En clair, ici, il y a des exceptions spécifiques, donc aucune autre ne s’applique.

Enfin, un autre élément à relever : pour le tribunal, même si l’exception était applicable, elle n’exemptait pas pour autant l’État hôte du devoir de compenser¹⁰.

(iv) Critiques de la décision

Céline Lévesque formule les critiques suivantes à l’encontre de la sentence *Bear Creek* :

1. Le tribunal n’a pas interprété le dernier paragraphe de l’Annexe sur l’expropriation indirecte, qui semblait tout à fait approprié en l’espèce.
2. *Expressio unius exclusio alterius*. En l’espèce, pourquoi faire appel à l’exception générale alors qu’on a déjà à l’Annexe des dispositions spécifiques à l’expropriation?
3. Aux dires de la conférencière, le raisonnement du tribunal a pour effet de limiter aux trois objectifs prévus dans l’exception générale les justifications qui peuvent être données par un État qui, autrement, auraient pu tomber dans la doctrine du pouvoir de police. Peut-on imaginer que l’objectif du Canada, dès 1994, était de modifier l’application de la doctrine coutumière du pouvoir de police en incluant une clause d’exception générale dans ses traités d’investissement? Ce raisonnement ne semble pas cohérent non plus avec la pratique plus récente d’y inclure des annexes spécifiques à l’expropriation, a fait observer la conférencière.

En dernière analyse, la doyenne Lévesque trouve que la décision ouvre sur toute la question de la relation entre le traité et le droit international coutumier.

⁹ Voir la sentence dans l’affaire *Bear Creek*, au paragraphe 471.

¹⁰ *Ibid.*, aux paragraphes 477 et 478.

IV. Regard sur le contenu de quelques accords de libre-échange en matière de commerce électronique (Arthur Oulaï)

D'entrée de jeu, le professeur Arthur Oulaï a fait remarquer que s'il était là, dans ce panel, c'est bien parce qu'il s'intéresse à une matière qui, par définition, transcende les frontières, à savoir le droit du commerce électronique.

Dispositions afférentes au commerce électronique dans les accords de libre-échange (ALE)

Selon Arthur Oulaï, l'intérêt prématuré¹¹ vis-à-vis de la question du commerce électronique n'a pas débouché sur un corpus de règles de droit en la matière.

Le professeur Oulaï énonce le constat suivant : « La faiblesse des dispositions consacrées au commerce électronique dans les ALE contraste avec l'importance des transactions électroniques. »

C'est quoi le commerce électronique? Le conférencier a cité la définition qu'en donne l'article 16.1 de l'*Accord économique et commercial global* (AECG) Canada-UE. Selon cet article, le commerce électronique est un « commerce effectué par voie de télécommunication, seule ou en combinaison avec d'autres technologies de l'information et des communications ». Pour Arthur Oulaï, cette définition est si large qu'elle en empêche l'intérêt.

Il pense que ce que cache cette définition, c'est un glissement du commerce électronique (partiellement dématérialisé) vers le commerce numérique (entièrement dématérialisé).

Après avoir passé en revue trois ALE (l'AECG Canada-UE, l'ALE Canada-Corée et l'ALE Canada-Israël), le professeur Oulaï en est venu à la conclusion que ces ALE parlent en réalité de commerce numérique et non de commerce électronique, parce que c'est la transaction entièrement dématérialisée qui y est envisagée.

Il a ajouté que ce qui caractérise la transaction numérique c'est la rapidité de l'opération et le caractère délocalisé du cyberspace, soit cet espace créé par Internet. Pour lui, ces deux éléments caractéristiques de la transaction numérique sont des défis pour les législateurs et les États qui s'intéressent au commerce électronique (et c'est d'ailleurs en les gardant en tête qu'il a fait ses recherches pour les fins de cette conférence, notamment).

Après sa revue des trois ALE susmentionnés, le professeur Oulaï en est arrivé à deux constats (objet de sa présente conférence) :

A. Ces ALE contenant des chapitres sur le commerce électronique renvoient à d'autres de leurs dispositions...

Comme exemple de ces renvois, le conférencier a cité le premier alinéa de l'article 13.1 de l'ALE Canada-Corée :

¹¹ Il a rappelé que le Programme de travail de l'OMC sur le commerce électronique datait de 1998.

[...] le commerce qui se fait par des moyens électroniques est assujéti aux dispositions du présent accord, y compris celles des chapitres deux (Traitement national et accès aux marchés pour les produits), neuf (Commerce transfrontières de services), dix (Services financiers), onze (Télécommunications) et quatorze (Marchés publics). En particulier, les Parties reconnaissent l'importance de l'article 11.2 (Accès et recours aux réseaux et services publics de transport des télécommunications) pour permettre le commerce qui se fait par des moyens électroniques.

Selon Arthur Oulaï, il n'y a rien de nouveau ou de particulier dans cette technique des renvois au sein des ALE. Qui plus est, tant dans l'AECG Canada-UE que dans l'ALE Canada-Corée, il est prévu une clause de conflit qui prévoit qu'en cas d'incompatibilité entre le chapitre sur le commerce électronique et un autre chapitre, c'est cet autre chapitre qui prévaut.

De plus, il a relevé que les trois accords (l'AECG Canada-UE, l'ALE Canada-Corée et l'ALE Canada-Israël) reprennent la même formule, soit celle de la reconnaissance mutuelle de l'applicabilité des règles de l'OMC au commerce électronique. Selon lui, du point de vue du droit, il n'y a rien de nouveau à cet égard également.

B. ...mais ces ALE renferment aussi des dispositions particulières consacrées au commerce électronique per se.

Ces dispositions particulières portent sur un certain nombre de sujets tels que la protection des renseignements personnels (ex. : art. 16.4 de l'AECG), la protection des consommateurs, les courriels non sollicités, la signature électronique (l'AECG consacre le principe de la reconnaissance juridique des signatures électroniques) et la responsabilité.

Naturellement, les États parties aux ALE doivent rendre leur droit national conforme à leurs obligations découlant de ces traités. Qu'en est-il de l'effectivité de toutes ces mesures législatives nationales?

Selon le professeur Oulaï, ce n'est pas tant du point de vue du contenu du droit matériel qu'on attendait ces ALE. Là où on les attendait, dit-il, c'est du point de vue de l'effectivité de ce droit matériel.

Pour lui, le véritable apport des ALE, c'est la coopération et le dialogue qu'ils privilégient entre les parties. « C'est ce qui permettra de relever le défi de l'effectivité », *dixit* Arthur Oulaï.

De surcroît, il a mentionné le rôle dévolu aux acteurs privés dans les ALE. À cet égard, il a cité l'article 13.7d) de l'ALE Canada-Corée. Selon lui, l'interaction entre les acteurs privés et publics pourrait contribuer à l'effectivité des règles en matière de commerce électronique.

Par ailleurs, le professeur de droit à l'Université de Sherbrooke nous invite à ne pas avoir « une expression de déception quant à la timidité des ALE en matière de commerce électronique. Timidité par rapport au nombre d'articles consacrés au commerce électronique. Timidité également en termes d'engagements des États ».

En définitive, Arthur Oulaï a pris soin de mentionner le risque qui guette le libre-échange. Le risque, c'est que sous un prétexte de prévoir des dispositions en matière de protection des renseignements personnels (pour ne nommer que ce sujet-là) se cache un protectionnisme, a-t-il averti.

Conclusion

Que ce soit par le prisme des normes sociales de protection des travailleurs et des droits humains en général ou des normes environnementales, le DIE est un bel exemple pour corroborer l'idée que les frontières normatives du droit international sont poreuses.

On l'a vu dans les lignes précédentes, le DIE est un droit qui bouge beaucoup, un droit vivant donc. Un droit médiatisé aussi. C'est également un droit qui cherche à être au diapason des enjeux contemporains. Pour ce faire, il s'actualise. Ainsi, il est intéressant de voir que la sentence dans l'affaire *Bear Creek* vient reposer une question ô combien pertinente pour les internationalistes, à savoir celle de l'interaction entre le droit international conventionnel et le droit international coutumier. Question qu'on croyait résolue.

Également, à la lumière de tous ces exposés, on voit bien que le DIE est de plus en plus un droit qui se veut progressif, ou forcé à l'être. C'est aussi un droit prometteur. Pensons notamment à tout son potentiel pour humaniser le commerce et l'investissement internationaux grâce notamment à l'inclusion de normes sociales et environnementales dans les ALE.

Autre élément de porosité résultant de l'affaire *Bear Creek* (qui n'était pas le point focal de l'exposé de la doyenne Céline Lévesque ; elle l'a juste mentionné au passage), c'est la prise en compte, dorénavant, par le DIE de considérations normalement relevant du droit international des peuples autochtones (voir le devoir de consulter les communautés locales).

Mais le DIE a-t-il vraiment les moyens de toutes ces attentes? Lui en demande-t-on trop? Saura-t-il relever le défi? Est-il bien outillé face à ce défi? Quelques questions qui nous¹² viennent à l'esprit à présent.

En terminant, cette conférence était une excellente revue des développements récents en DIE, et ce, dans une perspective toute canadienne.

¹² Le rapporteur de cette conférence, auteur du présent rapport.