L'IMPACT DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA SUR LA CAPACITÉ DE L'ÉTAT D'ADOPTER DES MESURES PROTÉGEANT L'ENVIRONNEMENT ET LA SANTÉ PUBLIQUE : LES TRAVAUX RÉCENTS DE CHERCHEURS EN SANTÉ PUBLIQUE JETTENT UN NOUVEL ÉCLAIRAGE SUR L'AFFAIRE ETHYL CORPORATION

Geneviève Dufour*

Le chapitre 11 de l'ALÉNA a-t-il un impact sur la capacité de l'État d'adopter des mesures protégeant l'environnement et la santé publique? En 1998, le Canada, poursuivi par Ethyl Corporation, conclut un règlement hors-cour avec cette entreprise américaine et abroge les dispositions législatives contestées. Ceci est jugé non problématique par plusieurs commentateurs qui considèrent que la loi concernée ne visait pas réellement la protection de l'environnement et de la santé publique et qu'elle était plutôt protectionniste. Toutefois, les travaux récents de chercheurs en santé publique jettent un nouvel éclairage sur cette affaire.

Does Chapter 11 of NAFTA have an impact on the state's authority to enact measures to protect the environment and public health? In 1998, the Government of Canada settled a lawsuit with Ethyl Corporation, an American company, and repealed the challenged legislative provisions. Many analysts do not find this problematic, as they believe that the legislation in question was not really aimed at protecting the environment and public safety, but instead was protectionist. However, recent public health studies are now casting new light on this issue.

« Lorsque nous bâtissons … pensons que nous bâtissons pour toujours.»[1]

---

* Geneviève Dufour est professeure en droit des affaires à l'Université de Montréal (à ne pas confondre avec son homonyme Geneviève Dufour, professeure en droit économique international à l'Université de Sherbrooke). Elle remercie Marie Madelin, qui a localisé plusieurs documents pour les fins de la rédaction de cet article. La consultation des sites web cités dans le présent texte est à jour au 31 août 2012.

[1] Léonard Leroux, *365 Méditations – En Chemin vers Compostelle*, Paris, Presses de la Renaissance, 2010 (page du 25 janvier). Citation de John Ruskin, « Les sept lampes de l'architecture ». La photographie accompagnant le texte est celle de l'abbatiale Saint-Austremoine d'Issoire, Puy-de-Dôme.

1. Introduction

Les juristes qui négocient les accords économiques internationaux prendraient-ils les mêmes décisions, s'ils pensaient qu'ils « bâtissent pour toujours » et prenaient le temps d'évaluer de manière plus approfondie l'impact potentiel de certaines dispositions sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public, notamment en matière de santé publique et de protection de l'environnement? Formuleraient-ils les dispositions de ces accords économiques internationaux de la même façon, s'ils réfléchissaient davantage à l'impact de celles-ci sur la biosphère et la capacité de cette dernière à soutenir la vie humaine, animale et végétale, non seulement à court terme, mais aussi à moyen et long terme? Ceux qui siègent sur les tribunaux institués pour régler les litiges en vertu de ces accords les interpréteraient-ils de la même façon, s'ils étaient davantage conscients de l'impact de leurs décisions à cet égard?

Trop souvent dans ces accords, l'économique prime sur toute autre valeur, et restreint indûment la marge de manoeuvre dont l'État dispose pour agir dans l'intérêt public, particulièrement en matière de protection de la santé publique et de l'environnement. À cet égard, les récents travaux réalisés par le professeur Zayed (rattaché à la Faculté de médecine de l'Université de Montréal et membre de l'Institut de recherche en santé publique (IRSPUM)) et ses collaborateurs s'avèrent riches d'enseignements pour les juristes, particulièrement ceux qui sont en charge de négocier les dispositions pertinentes des accords économiques internationaux ou de les appliquer. Ils jettent en effet un tout nouvel éclairage sur l'affaire *Ethyl Corporation*, dont le caractère environnemental et de santé publique a longtemps été controversé mais ne saurait désormais plus l'être, compte tenu de ce que révèlent lesdits travaux.

Leur nécessaire corollaire, du point de vue juridique, est le caractère prioriaire qui devrait être accordé à la préservation de la marge de manoeuvre dont l'État dispose pour prendre des mesures législatives, règlementaires et autres dans l'intérêt public, y compris au détriment des intérêts particuliers des investisseurs étrangers dans certains cas.

Avant de nous pencher sur l'impact de leurs travaux sur notre compréhension de cette affaire et de ses implications juridiques, environnementales et de santé publique, nous présenterons brièvement le chapitre 11 de l'ALÉNA, en vertu duquel Ethyl Corporation avait intenté sa poursuite contre le Canada, et la controverse qui y est relative.

2. La controverse relative à l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public

Le chapitre 11 de l'ALÉNA[2] a une importance particulière dans l'architecture des traités économiques internationaux signés par le Canada. Il est en effet le précurseur de plusieurs traités bilatéraux signés par le Canada incorporant des dispositions modelées sur les siennes[3]. Le Canada continue d'ailleurs de signer des traités incluant de telles dispositions[4], et certaines de celles qui apparaîtront dans le nouvel Accord Économique Global qu'il est en train de négocier avec la Communauté Économique Européenne seront aussi très probablement inspirées du chapitre 11 de l'ALÉNA.

---

2 *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, 32 ILM 289, 605. L'ALÉNA est disponible en ligne : <www.nafta-sec-alena.org>, sous la rubrique « Textes légaux ».

3 Voir Geneviève Dufour, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque » (2012), en ligne : Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org/fr/resumes_complets/307.html> à la p 12 [Dufour, « Le cas »]. Voir aussi sur le site web du gouvernement du Canada, la section consacrée aux accords de libre-échange et aux accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, *Accords et négociations*, en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra&view=d>; voir aussi les explications fournies par le gouvernement au sujet du traité modèle canadien sur les investissements et de ses liens avec le chapitre 11 de l'ALÉNA, en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071 127090351/http://www.international.gc.ca/tna-nac/documents/2004-fipa-model-fr.pdf> et Gouvernement du Canada, *Le Programme d'APIE du Canada : propos, objectif, teneur* en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa-purpose.aspx?lang=fra&view=d>. Pour une introduction à ce chapitre, voir notamment Barry Appleton, *Navigating NAFTA : a concise user's guide to the North American Free Trade Agreement*, Scarborough (Ont), Carswell Thomson Professional Publishing, 1994 aux pp 79 et s; Philip Le B Douglas et Takemi Ueono, « A Practitioner's Guide to Chapter 11 of NAFTA », dans *L'ALÉNA et l'avocat d'affaire*, Service de la Formation Permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1998 aux pp 143 et s; Todd Weiler, dir, *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, 2004.

4 *Supra* note 3; voir aussi Joseph Cumming et Robert Froehlich, « NAFTA Chapter XI and Canada's Environmental Sovereignty: Investment Flows, Article 1110 and Alberta's Water Act » (2007) 65 UT Fac L Rev 107 à la p 116: « Like them or not, the provisions of Chapter XI have now become the dominant features of bilateral, and proposed multilateral, investment agreements worldwide – NAFTA is now the baseline agreement from which other agreements have been created and have evolved ».

Ce dernier a également une place particulière dans l'arène internationale parce qu'on s'en est inspiré pour la négociation de plusieurs accords multilatéraux (la ZLEA[5], le CAFTA[6], l'AMI[7], etc). Même si les négociations relatives à certains de ces accords (notamment l'AMI et la ZLEA) ont échoué, en raison notamment de la controverse relative au chapitre 11 de l'ALÉNA, il n'en demeure pas moins qu'on s'est inspiré de celui-ci pour tenter d'édifier tout un nouvel ordre juridique au niveau mondial.

Le chapitre 11 de l'ALÉNA est entré en vigueur depuis déjà plusieurs années (e.e.v. depuis 1994)[8] et nous sommes désormais en mesure d'évaluer ses conséquences sur une période de temps relativement étendue. Ceci s'avère instructif relativement à l'impact potentiel que sont susceptibles d'avoir les autres traités que le Canada a conclu sur le même modèle, lesquels sont davantage récents[9], particulièrement en ce qui a trait à la protection de la santé publique et de l'environnement.

---

5 « Zone de Libre-Échange des Amériques » (la « ZLEA »), en ligne : ZLEA <www.alca-ftaa.org>; voir Denis Lemieux et Sabine Mekki, « La révision judiciaire des décisions en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA *(Canada c SD Myers)* » (2004) 45 C de D 791 à la p 819; La ZLEA devait regrouper tous les États du continent américain, mais les négociations ont toutefois échoué en 2005, ce qui a mené plutôt à la conclusion d'un autre traité multilatéral qui inclut des dispositions semblables à celles qui étaient contestées, le CAFTA, *infra* note 6.

6 Le « Central American – Dominican Republic – United States Free Trade Agreement » (le « CAFTA ») n'inclut que sept États du continent américain. Il a été approuvé par le président américain en août 2005 et est entré en vigueur avec les autres États signataires aux dates suivantes : El Salvador, 1er mars 2006; Honduras et Nicaragua, 1er avril 2006; Guatemala, 1er juillet 2006; République Dominicaine, 1er mars 2007; Costa Rica, 1er janvier 2009 (Voir « Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement », en ligne : Export.gov <http://www.export.gov/FTA/cafta-dr/index.asp>); Le chapitre 10 du CAFTA est inspiré du chapitre 11 de l'ALÉNA et quelques poursuites ont déjà été intentées en vertu de cet accord (Voir le site web du gouvernement américain sous la rubrique « CAFTA- DR - Investor State Arbitrations », en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/s/l/c3433.htm>).

7 William AW Neilson, « Some Legal Badges of Economic Globalization from Rome to the WTO and Regional Trade Agreements » dans Patricia Hughes et Patrick A Molinari, dir, *Participatory Justice in a Global Economy : The New Rule of Law*, Montréal, Thémis, 2003 aux pp 3-25; Browne, *infra* note 10 aux pp 41-42; Lemieux et Mekki, *supra* note 5 à la p 819; Bryan Schwartz, « The Doha Round and Investment: lessons from chapter 11 of NAFTA » dans Weiler, supra note 3 à la p 445.

8 ALÉNA, *supra* note 2, art 2203; Tim Kennish, « NAFTA and Investment – a Canadian Perspective » dans Seymour J Rubin et Dean C Alexander, dir, *Nafta and Investment*, Boston, Kluwer Law International, 1995 aux pp 1-15.

9 *Supra* note 3.

La question qui se pose est la suivante : compte tenu des contraintes résultant de ces accords, le Canada a-t-il encore toute la marge de manoeuvre nécessaire et souhaitable afin de pouvoir adopter des mesures dans l'intérêt public, incluant au niveau environnemental et en matière de santé publique?

Le chapitre 11 de l'ALÉNA était, lorsqu'il a été adopté, une nouveauté[10]. Il permettait pour la toute première fois aux multinationales étrangères de poursuivre directement un État développé[11], le Canada, pour être dédommagées lorsque celui-ci adoptait des lois, des règlements ou d'autres mesures qui les affectaient de la manière prévue au chapitre 11 de l'ALÉNA. Antérieurement, elles devaient plutôt demander à leur propre État s'il voulait bien prendre fait et cause pour elles et intenter la poursuite.

Le chapitre 11 de l'ALÉNA permet aux multinationales étrangères de réclamer des dommages-intérêts pour les mesures qu'il vise même lorsqu'elles sont par ailleurs conformes au droit canadien interne (et donc au droit administratif interne, à la Charte Canadienne des droits et libertés, à la Constitution, etc) et non-discriminatoires envers l'investisseur étranger[12]. De plus, il n'y a pas, dans le chapitre 11 de l'ALÉNA, d'exception automatique prévue en cas de mesures relatives à l'environnement ou à la

---

[10] L'ancien traité de libre-échange entre le Canada et les États-Unis n'a jamais comporté de dispositions octroyant des recours directs aux investisseurs étrangers contre l'État comme celles du chapitre 11 de l'ALÉNA, et ce n'en était pas moins un traité établissant une zone de libre-échange tout à fait fonctionnelle. Voir Appleton, *supra* note 3 aux pp 4-5, 79; Jeffery Atik, « Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter 11 Process » dans Weiler, *supra* note 3 à la p 139; Dennis Browne, « Origins Commentary » dans Laura Ritchie Dawson, dir, *Whose Rights ? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Toronto, Centre de droit et de politique commerciale de l'Université de Carleton, 2002 aux pp 39-41. Voir aussi Cumming et Froehlich, *supra* note 4.

[11] Appleton, *supra* note 3 aux pp 4-5, 79; Atik, *supra* note 10 à la p 139; Browne, *supra* note 10; Asha Kaushal, « Revisiting History : How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime » (2009) Harv Int'l LJ 491 aux pp 491, 493-494, 497 et s; Howard Mann, « Private Rights, Public Wrongs : A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights » (2001), en ligne: Institut international du développement durable et World Wildlife Fund <www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide .pdf>; Anthony Van Duzer, « NAFTA Chapter 11 to Date: The Progress of a Work in Progress » dans Dawson, *supra* note 10 aux pp 47-48; Christopher Wilkie, « The Origins of NAFTA Investment Provisions: Economic and Policy Considerations » dans Dawson, *supra* note 10 aux pp 30 et s. Voir aussi Cumming et Froehlich, *supra* note 4 aux para 14 et s.

[12] Atik, *supra* note 10 à la p 146; José E Alvarez, « Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven » (1997) 28 U Miami Inter-Am L Rev 303; Cumming et Froehlich, *supra* note 4; Dufour, « Le cas », *supra* note 3. Voir finalement ALÉNA, *supra* note 2, art 1110.

santé publique, notamment en raison du caractère vague et circulaire de l'article 1114, pourtant censé être une exception relative à l'environnement[13].

Ceci a suscité une controverse majeure sur la question de l'impact de ce chapitre sur la démocratie[14] et sur la capacité de l'État à prendre les mesures législatives, règlementaires ou autres qui sont souhaitables afin de protéger l'environnement et la santé publique. Cette controverse devient de

---

[13] L'art 1114 de l'ALÉNA, qui se lit comme suit : « Article 1114, Mesures environnementales : 1. Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, *par ailleurs conforme au présent chapitre,* qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement. 2. Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime qu'une autre Partie a offert un tel encouragement pourra demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consulteront en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné. » [nos italiques]. La portion en italique du texte le rend circulaire : en raison de l'ajout de ces mots, le texte signifie en effet à toutes fins pratiques que l'environnement est exclu du chapitre 11 de l'ALÉNA… à condition que toutes les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA soient respectées, ce qui revient à dire qu'il n'est pas exclu du tout. Voir notamment Dufour, *supra* note 3; Hélène Trudeau, « Kyoto, les OGM, le principe de précaution et l'ALÉNA: la norme environnementale dans un contexte de globalisation » (2002) Développements récents en droit de l'environnement 139 à la p 162; Halil Hasic, « Article 1110 of NAFTA : Investment Barriers to 'Upward Harmonization' of Environmental Standards » (2005) 12 Sw J Trade Am 137, qui souligne le contraste entre le langage obligatoire et assorti de sanctions en faveur de la protection de l'investisseur étranger de l'article 1110, et celui beaucoup plus vague et non assorti de sanctions de l'article 1114 en faveur de la protection de l'environnement; On peut aussi reprocher ce caractère circulaire à d'autres dispositions comme l'article 1101 (4), par exemple.

[14] Voir Mann, *supra* note 11. Voir aussi Dufour, « Le cas », *supra* note 3, pour une présentation et une analyse plus complète de la controverse d'un point de vue canadien, incluant les prises de position à ce sujet des divers partis politiques fédéraux et provinciaux (Québec). Geneviève Dufour, « Le chapitre 11 de l'ALÉNA : une menace pour la démocratie ? » (2006) Actes du colloque enjeux et acteurs de la régulation dans une économie mondialisée, 74è Congrès de l'ACFAS 181 [Dufour, « Le chapitre 11 »]; Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008 qui traite notamment de l'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la souveraineté de l'État et souligne entre autres aux p 357-358 les « conséquences considérables sur la capacité de l'État moderne de dire le droit » du chapitre 11 de l'ALÉNA et des autres traités contenant des dispositions similaires. Voir aussi David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization : Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2008.

plus en plus pertinente. Premièrement, les poursuites intentées contre le Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA se sont multipliées de façon exponentielle depuis son entrée en vigueur. Deuxièmement, le Canada est actuellement l'État le plus poursuivi. Troisièmement, plusieurs poursuites actives concernent, *prima facie*, des questions environnementales. Finalement, la multiplication des traités bilatéraux signés par le Canada incorporant des dispositions modelées sur celles du chapitre 11 de l'ALÉNA accroît le potentiel de multiplication des poursuites.

Historiquement, on constate que le chapitre 11 de l'ALÉNA a notamment eu pour résultat d'inciter le Canada à abroger les dispositions législatives concernées dans au moins deux affaires de protection de l'environnement et de la santé publique, *Ethyl Corporation*[15] et *SD Myers*[16]. Certains commentateurs ont toutefois prétendu par la suite que l'affaire *Ethyl Corporation* constituait plutôt un cas de protectionnisme déguisé et ne soulevait pas réellement de question au niveau de la protection de l'environnement et de la santé publique, de sorte qu'il ne fallait pas s'inquiéter du fait que les dispositions législatives pertinentes aient été abrogées[17].

---

[15] Gouvernement du Canada, *Poursuites contre le Gouvernement du Canada*, en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/ethyl.aspx?lang=fr&view=d>. Voir notamment Joseph A McKinney, *Created from NAFTA : The Structure, Function and Significance of the Treaty's Related Institutions,* New York, ME Sharpe, 2000 à la p 227; Cumming et Froehlich, *supra* note 4 aux para 20 et s; David R Haigh, « The Management and Resolution of Cross-Border Disputes as Canada/U.S. Enter the 21st Century: Chapter 11 – Private Party vs. Governments, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve? » (2000) 26 Can-USLJ 115; Mann, *supra* note 11 aux pp 15, 71 et s; Paul Meyer, Elliott J Feldman et John A Terry, « Proceedings of the Canada-United States Law Institute Conference, On an example of Coperation and Common Cause: Enhancing Canada-United States Security and Prosperity Through the Great Lakes and North American Trade – North American Dispute Resolution » (2010) 34 Can-USLJ 399; Barnali Choudhury, « Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights » (2009) 46 Alta L Rev 983; Schneiderman, *supra* note 14 aux pp 129-134.

[16] Gouvernement du Canada, *Poursuites contre le Gouvernement du Canada*, en ligne: Affaires étrangères et Commerce international Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/ethyl.aspx?lang=fr&view=d>; *SD Myers Inc c Canada*, Partial Award, 13 novembre 2000; *In the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of NAFTA between S.D. Myers Inc and the Government of Canada*, [2004] FC 38. Voir toutefois Lemieux et Mekki, *supra* note 5.

[17] Voir Stephen Hill et William Leiss, « MMT : a risk management masquerade » (septembre 1999), en ligne: <http://leiss.ca/wp-content/uploads/2009/12/mmt_a_risk_management_masquerade.pdf>, reproduit dans William Leiss, dir, *In the Chamber of Risk : Understanding Risk Controversies*, Montréal, McGill and Queen's Press, 2001. Voir toutefois le commentaire de Marie-France Turcotte, « In the Chamber of Risk:

Cependant, des travaux réalisés subséquemment par le professeur Zayed, rattaché à la Faculté de médecine et membre de l'IRSPUM, dont certains viennent tout juste d'être rendus publics en 2011, jettent un tout nouvel éclairage à cet égard sur cette affaire.

Il est essentiel que le résultat de ces travaux soit porté à la connaissance des juristes, et plus spécifiquement des négociateurs des accords économiques internationaux et de ceux qui sont appelés à appliquer leurs dispositions. Le droit n'existe pas en vase clos, et l'évolution de la situation telle que révélée par ces travaux devrait être prise en compte dans la discussion que les experts du monde légal entretiennent au sujet du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Ces travaux s'avèrent en effet très instructifs en ce qui a trait à notre compréhension de l'impact de dispositions comme celles du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la capacité du Canada à légiférer, règlementer et prendre toutes les mesures souhaitables pour la protection de l'environnement et de la santé publique. Le fait d'en prendre connaissance peut aider les négociateurs et les arbitres à mieux jauger l'impact potentiel et les conséquences de leurs décisions, que ce soit au niveau de la négociation des accords ou de leur interprétation et application.

3. L'affaire Ethyl Corporation : le MMT, additif dans l'essence, et la question de son impact potentiel sur l'environnement et la santé humaine

Les faits saillants de l'affaire *Ethyl Corporation* étaient les suivants.

Le MMT, qui était en jeu dans cette affaire, est une substance qu'on utilise comme additif dans l'essence[18]. Il a d'ailleurs remplacé un additif très toxique, le plomb[19], qui était autrefois manufacturé par la même société par actions, Ethyl Corporation[20]. Il s'agit d'une société par actions

---

Understanding Risk Controversies » (2002) 27:4 CJC 566; Université d'Ottawa, « William Leiss », en ligne: uOttawa <http://www.iph.uottawa.ca/fra/apropos/leiss.html>; Schneiderman, *supra* note 14 aux pp 128-134 et plus particulièrement à la p 133.

18 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, 2 octobre 1997, à la p 2, au para 2, confirmé dans *Ethyl Corporation c Canada,* Statement of Defence, 27 novembre 1997, à la p 12, au para 26 (disponibles tous les deux sur le site web mentionné *supra* note 15).

19 Voir « L'essence sans plomb causerait des maladies neurologiques », en ligne : iForum <http://www.iforum.umontreal.ca/ForumExpress/Archives/vol2no2fr/article02.html>.

20 Philip J Landrigan, « MMT, Déjà Vu and National Security » (2001) 39 Am J Ind Med 434.

américaine qui détenait alors une filiale canadienne, laquelle était la seule à importer du MMT au Canada[21].

À l'époque où la controverse a commencé (soit en 1995), le MMT vendu par Ethyl Corporation était d'ailleurs, d'après les allégations de la multinationale elle-même, utilisé dans plus de 95% de l'essence sans plomb vendue au Canada[22]. Ethyl Corporation se trouvait donc, à toutes fins pratiques, dans une situation de monopole à l'égard de ce produit au Canada.

Bien qu'à l'origine, le MMT ait été perçu comme une solution de remplacement intéressante à l'utilisation du plomb dans l'essence canadienne, il s'agit d'un produit qui soulève lui-même des questions au niveau environnemental et de la santé publique.

Il contient en effet du manganèse (aussi désigné sous le sigle de « Mn »), un métal lourd, qui lorsqu'il est inhalé dans sa forme gazeuse à haute dose, est toxique pour la santé humaine et produit des effets comparables à ceux de la maladie de Parkinson[23]. Or, le processus de combustion de l'essence par les véhicules a pour effet de transformer le MMT qui se trouve dans l'essence en Mn sous forme gazeuse, lequel est alors relâché dans l'atmosphère par le tuyau d'échappement de gaz[24].

Les manufacturiers d'automobiles, qui sont tenus de produire des véhicules respectant certains plafonds d'émissions pour protéger l'environnement, affirment aussi que la présence du MMT dans l'essence endommage les pièces mécaniques utilisées pour réduire les émissions polluantes des véhicules automobiles[25]. Selon eux, cela les rend moins performantes au niveau de la prévention de la pollution atmosphérique.

---

21 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 à la p 2, au para 1. Ethyl Corporation était constituée en vertu des lois de Virginie et était le seul actionnaire d'Ethyl Canada, une filiale constituée en vertu des lois de l'Ontario.

22 *Ibid* au para 3.

23 Alexandre Joly *et al*, « Reduced Atmospheric Manganese in Montreal Following Removal of Methilcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) » (2011) 219 Water Air Soil Pollution 263 à la p 264: « Mn intoxication, or manganism, is a neurologic disorder in humans that has been shown to appear with exposure to high-level of airborne Mn (Seth and Chandra 1988). Even at lower levels of exposure, studies in occupational settings have shown decreases in motor and cognitive function, as well as changes in effect in Mn-exposed workers (for a review, see Zoni et al. 2007), which can persist after cessation of exposure (Bouchard et al. 2007a, b). »; voir aussi *supra* note 19.

24 *Supra* note 19.

25 Joly *et al*, *supra* note 23 à la p 264.

Le MMT aurait donc possiblement un double effet polluant : d'abord, par sa transformation en Mn sous forme gazeuse; et ensuite, par le fait qu'il diminuerait selon les manufacturiers automobiles l'efficacité des systèmes de réduction de la pollution prévus dans les véhicules.

A) La poursuite intentée par Ethyl Corporation, le règlement hors-cour et ses conséquences pour le Canada

Dans l'affaire *Ethyl Corporation*, le gouvernement du Canada a essentiellement essayé de faire en sorte que le MMT ne soit plus utilisé comme additif dans l'essence au Canada sans y arriver, en raison notamment de la poursuite intentée par la multinationale américaine Ethyl Corporation contre lui en 1997 en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA[26].

Ethyl Corporation a en effet, dans cette poursuite, contesté une loi que le gouvernement canadien avait adoptée afin d'interdire l'importation de MMT[27]. Ethyl Corporation alléguait, dans sa poursuite de 251 millions de dollars, que cette loi enfreignait les articles 1102 (traitement national)[28],

---

26 *Ethyl Corporation c Canada*, Notice of Arbitration, 14 avril 1997; voir aussi *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 (disponible sur le site web mentionné *supra* note 15).

27 *Loi sur les additifs à base de manganèse*, LC 1997, c 11. Voir le texte de la loi tel qu'adopté à l'époque reproduit à la fin de *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 (disponible sur le site web mentionné *supra* note 15).

28 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 aux para 28 et s; Ethyl Corporation a argumenté que comme le Canada prohibait l'importation du MMT sans interdire sa production au Canada, cela défavorisait l'investisseur étranger en contravention avec cet article, car cela octroyait un traitement plus favorable aux Canadiens. Le Canada a répliqué, dans son Statement of Defence, *supra* note 18 à la p 29, que ce n'était pas le cas car la loi visait également tous les importateurs de MMT, qu'ils soient étrangers ou canadiens, et que le fait qu'Ethyl Corporation se trouvait à être en situation de monopole au moment de son adoption ne devrait pas avoir pour effet d'empêcher le Canada de légiférer.

L'article 1102 prévoit : « Article 1102, Traitement national : […].

2. *Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs*, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

3. Le traitement accordé par une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 signifie, en ce qui concerne un État ou une province, un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé par cet État ou cette province, dans des circonstances analogues, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la Partie sur le territoire de laquelle est situé l'État ou la province […] » [nos italiques].

1106 (prescription de résultats)[29] et 1110 (expropriation et compensation)[30] du chapitre 11 de l'ALÉNA.

---

[29] *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 aux para 41 et s; Ethyl Corporation a argumenté que la loi violait cet article parce que (1) elle exigeait qu'il n'y ait utilisation que de MMT produit au Canada puisqu'elle en bannissait l'importation et donc elle exigeait un pourcentage de contenu national; (2) elle se trouvait à imposer une exigence de bâtir une usine de production de MMT au Canada puisqu'elle interdisait l'importation du MMT; (3) elle obligeait ceux qui veulent utiliser le MMT au Canada à utiliser des produits domestiques et du labeur domestique puisqu'il devenait commercialement non réalisable de procéder autrement. Le Canada a répliqué dans son Statement of Defence, *supra* note 18 à la page 31, au para 90 que : (1) il n'y avait aucune exigence de contenu national, aucun pourcentage, aucune préférence accordée à un contenu canadien, et qu'il était absurde de caractériser un bannissement d'une importation comme une prescription de résultat, tout spécialement quand l'objectif était d'éliminer l'utilisation de MMT comme additif dans l'essence; (2) et (3) il n'y avait aucune exigence de construire une usine au Canada ou d'utiliser des produits ou employés canadiens et que de toute façon « the Act was intended to be, and is, an effective way of removing MMT from all gasoline produced in Canada, and therefore no question of future production or distribution for this commercial purpose arises ». Le Canada a aussi plaidé que de toute façon, il devrait bénéficier de l'exemption environnementale prévue au para 6 de l'article 1106 car la loi était une mesure nécessaire pour protéger la vie et la santé humaine, animale et végétale et pour la conservation des ressources naturelles épuisables (air).;

L'article 1106 prévoit : « Article 1106 – Prescription de résultats : 1. Aucune des Parties ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes, ou faire exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers : […] 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; […] 3. Aucune des Parties ne pourra subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes : a) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national; b) acheter, utiliser ou privilégier les produits produits sur son territoire, ou acheter des produits de producteurs situés sur son territoire; […] 4. Aucune disposition du paragraphe 3 ne sera interprétée comme empêchant une Partie de subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'obligation de situer l'unité de production, de fournir un service, de former ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir certaines installations ou d'effectuer des travaux de recherche et de développement sur son territoire. 5. Les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent à aucune prescription autre que celles figurant dans lesdits paragraphes. 6. *Aucune disposition des alinéas 1 b) ou c) ou 3 a) ou b) ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures, notamment des mesures de protection de l'environnement*, a) *nécessaires* à l'application des lois et des règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, b) *nécessaires* à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou c) *nécessaires à*

la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques, *sous réserve que lesdites mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiée, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement* » [nos italiques]. Notez le caractère extrêmement exigeant de l'exception prévue pour les mesures environnementales au paragraphe 6 : elles doivent non seulement être « nécessaires », mais même si elles le sont pour la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et végétaux, elles peuvent constituer une infraction au chapitre 11 de l'ALÉNA si le panel de juges considèrent qu'elles sont appliquées de manière « arbitraire » ou « injustifiée » ou qu'elles « constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement ». En d'autres termes, l'échelle de valeurs qui est privilégiée ici n'est pas la protection de la vie humaine, de la santé et de l'environnement, mais plutôt la propriété privée de l'investisseur étranger, car on accorde priorité à la protection de l'intérêt de ce dernier y compris dans les cas où la mesure contestée est reconnue « nécessaire ». De plus, le choix du mot « nécessaire » est aussi un choix de valeurs : il ne suffit pas que la mesure soit souhaitable, désirable, favorable; il faut qu'elle soit « nécessaire », ce qui a une connotation plus exigeante et ne paraît pas approprié pour des questions d'intérêt public comme la protection de l'environnement et de la santé publique. On sent vraiment, à la lecture de ce texte, que la préoccupation de ceux qui l'ont négocié et rédigé n'était pas tant de créer une ouverture suffisante dans les dispositions pour que l'État garde la marge de manoeuvre dont il a besoin pour légiférer dans l'intérêt public, mais plutôt de boucher toutes les échappatoires possibles pour protéger au maximum les intérêts des investisseurs étrangers. Ce souci, pour valable qu'il soit, ne devrait pas primer sur toute autre considération, particulièrement quand les autres considérations sont de l'ordre de la protection de l'environnement, de la santé publique et autres questions importantes touchant à l'intérêt public général.

30 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 aux para 20 et s Ethyl a argumenté : 1) que le fait de ne plus pouvoir importer du MMT au Canada constituait une expropriation de sa part de marché (para 21 et s), en s'appuyant notamment sur les déclarations du Ministère de l'industrie et du commerce (voir *infra* note 85); et 2) que les déclarations du Canada relatives au MMT avaient eu un effet négatif sur sa réputation et constituait une expropriation (para 26). Le Canada a répliqué dans son Statement of Defence (à la p 32, para 93) que l'article 1110 ne pouvait pas viser l'adoption d'une loi, mais cette position a été rejetée dans la jurisprudence subséquente. Le Canada a aussi plaidé que l'article 1110 était inapplicable parce que la loi « involves the exercise of regulatory powers or "police" powers recognized by international law. More specifically, Canada says that the Act was enacted for the maintenance of health, for the conservation of clean air and for the protection of the environment. ».

L'article 1110 est rédigé de telle manière qu'il semble exiger une compensation à la juste valeur marchande dans tous les cas non seulement d'expropriation tel que cette notion est traditionnellement définie, mais aussi dans les cas de mesure « équivalent à » une expropriation, même si l'expropriation est effectuée dans l'intérêt public. Il se lit en effet comme suit : « Article 1110 – Expropriation et indemnisation : 1. *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 équivalant* à la nationalisation ou *à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf :*

a) pour une raison d'intérêt public;

b) sur une base non discriminatoire;

Le Canada a répliqué qu'aucun de ces articles n'était enfreint et a aussi invoqué l'exception environnementale générale, l'art 1114[31], en défense, mais la poursuite s'est soldée par un règlement hors-cour intervenu en 1998[32], incluant le paiement de 19 millions de dollars à la multinationale américaine et le retrait des dispositions législatives contestées[33].

B) L'absence de dispositions dans le chapitre 11 de l'ALÉNA interdisant les poursuites intentées au sujet de lois environnementales dont il existe déjà des équivalents dans la juridiction d'origine de l'investisseur étranger

D'entrée de jeu, il faut souligner qu'il est paradoxal qu'Ethyl Corporation, une multinationale américaine, soit parvenue à atteindre ce résultat alors

---

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 6.

2. L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu («date d'expropriation»), et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon que de besoin.

3. L'indemnité sera versée sans délai et elle sera pleinement réalisable.

4. Si le paiement est effectué dans une devise du Groupe des Sept, l'indemnité comprendra les intérêts, calculés selon un taux commercial raisonnable pour cette devise à compter de la date d'expropriation jusqu'à la date du paiement de l'indemnité. […] » [nos italiques].

[31] *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Defence, *supra* note 18 à la p 33, para 97; Rappelons que nous avons signalé plus tôt que cette exemption s'avère peu efficace parce qu'elle est en réalité circulaire et n'a pas de « dents », *supra* note 13.

[32] Le texte du règlement hors-cour n'a pas été rendu public, mais son montant l'a été. Le Canada a choisi cette option après que le tribunal d'arbitrage ait rendu une décision affirmant qu'il avait juridiction pour entendre l'affaire, voir *Ethyl Corporation c Canada*, Preliminary Tribunal Award on Jurisdiction, 24 juin 1998 (disponible sur le site web mentionné *supra* note 15).

[33] Cumming et Froehlich, *supra* note 4 au para 22. Contraster le texte de la loi tel qu'adopté initialement avec le texte de sa version actuelle, et plus particulièrement son annexe (l'annexe du texte de loi original, reproduit à la fin du Statement of Claim d'Ethyl Corporation *supra* note 18 et texte correspondant, mentionnait le MMT comme substance prohibée, alors que l'annexe de la loi dans sa version actuelle ne fait plus référence au MMT, ni à aucune autre substance d'ailleurs puisque c'était la seule qui était visée, *Loi sur les additifs à base de manganèse*, en ligne : Ministère de la justice Canada <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/M-0.5/TexteComplet.html>. Autrement dit, la loi est toujours officiellement en vigueur, mais elle ne vise plus aucune substance!).

qu'à l'époque concernée, le MMT, même s'il était légal à certains endroits aux États-Unis, ne pouvait pas y être utilisé partout.

Le MMT était en effet banni dans environ un tiers du marché américain de l'essence sans plomb, soit parce que la législation fédérale américaine exigeait l'utilisation d'essence reformulée (laquelle ne pouvait pas, par définition, contenir de MMT), ou soit parce que la loi de l'État concerné prohibait son utilisation. Les secteurs géographiques concernés incluaient notamment le Connecticut, l'Illinois, le Maryland, le New Jersey, New York, la Pennsylvanie, le Wisconsin et la Californie[34].

Le chapitre 11 de l'ALÉNA ne devrait pas, en principe, permettre à un investisseur américain d'empêcher le Canada d'adopter une loi qui produit des effets essentiellement équivalents à ceux résultant de lois déjà en vigueur aux États-Unis. En effet, cela lui permet d'exiger un régime juridique plus favorable pour lui à l'étranger que dans son propre pays et d'empêcher l'État où il investit d'adopter des lois protégeant sa population qui sont pourtant considérées valables et convenables pour protéger la population de sa propre juridiction.

Toutefois, les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA ne font aucune référence à la situation juridique dans le pays d'origine de l'investisseur étranger, donc ce type de résultat est tout à fait possible en vertu de cet accord économique international (et de plusieurs autres)[35].

Cette utilisation des accords économiques internationaux nous semble cependant abusive et on devrait insérer dans ces accords des dispositions permettant de l'éviter[36].

---

34 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Defence, *supra* note 18 à la p 15, au para 33.

35 Les tests formulés dans les accords économiques internationaux sont toujours formulés par rapport à l'État d'accueil, sans aucune référence à l'État d'où provient l'investisseur étranger concerné.

36 Un peu comme en droit corporatif, il existe un principe bien établi de personnalité juridique distincte, mais cela n'a pas empêché qu'on lui formule des exceptions (le soulèvement du voile corporatif, maintenant codifié à l'art 317 CcQ) pour prévenir les abus. Ces dispositions pourraient prévoir, notamment, qu'une poursuite est non-recevable si elle remet en question une loi, un règlement ou toute autre mesure dont il existe déjà un équivalent fonctionnel dans l'État dont provient l'investisseur étranger. Cela suppose évidemment qu'on accepte de ne pas donner systématiquement priorité aux intérêts économiques des investisseurs dans la formulation des tests légaux insérés dans les accords économiques internationaux comme on le fait actuellement et qu'on accepte la notion de donner priorité à l'intérêt public au détriment de ces droits économiques dans certains cas, ce qui implique qu'ils ne seront pas toujours privilégiés.

C) La restriction de la marge de manoeuvre dont l'État dispose pour agir de manière préventive afin de protéger l'environnement et la santé publique

Par contre, ce n'était pas le noeud du problème dans cette affaire. Même si le MMT n'avait pas été interdit dans un tiers du marché de l'essence aux États-Unis, il n'en demeure pas moins que le Canada aurait dû normalement bénéficier de la marge de manoeuvre nécessaire pour l'interdire sur son propre territoire, en interdire l'importation ou autrement en restreindre l'utilisation s'il considérait que c'était la meilleure chose à faire dans l'intérêt public.

Manifestement, cela n'a pas été le cas, car les dispositions législatives promulguées par le Canada pour interdire l'importation de MMT au Canada ont été abrogées dans le cadre du règlement hors-cour intervenu relativement à la poursuite intentée par la multinationale en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. L'affaire *Ethyl Corporation* permet donc de constater que la marge de manoeuvre dont le gouvernement du Canada dispose pour légiférer s'est amenuisée suite à l'adoption du chapitre 11 de l'ALÉNA[37].

Bien que l'affaire n'ait pas été jugée au mérite, son déroulement révèle que plusieurs difficultés ont entravé les efforts du Canada pour légiférer dans cette affaire.

L'une d'entre elles était certainement que bien que les effets à haute dose du Mn gazeux sur la santé humaine aient été bien connus et documentés, ce n'était pas le cas des effets à faible dose du Mn gazeux dégagé par la combustion de l'essence sur une population humaine qui y serait exposée pour une longue période de temps.

Or, bien que les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA n'exigent pas expressément une preuve scientifique (contrairement aux dispositions de certains autres accords économiques internationaux comme l'accord sur les mesures phyto-sanitaires), les tribunaux d'arbitrage institués pour juger

---

37 Cela a d'ailleurs déjà été signalé par d'autres commentateurs. Voir notamment Cumming et Froehlich, *supra* note 4 au para 22, signalant que le règlement hors-cour intervenu dans l'affaire Ethyl Corporation « may have serious implications for a NAFTA party's ability to protect its environment through regulation »; au para 59: « While there are public purpose and environmental arguments available to Canada, which could be pursued through litigation, the available case law suggests that the public purpose argument, and an environmental measures defence, could still lead to significant exposure to a compensation award »; aux para 60-62 sur les conséquences de règlements hors-cour; au para 72, conclusion: « Chapter XI of NAFTA limits Canada's environmental policy options ».

les poursuites intentées en vertu de ce chapitre peuvent avoir tendance à évaluer la conduite de l'État à l'aune de la preuve scientifique disponible[38]. Cette tendance des tribunaux de l'ALÉNA avait été anticipée par certains commentateurs et elle est confirmée par la jurisprudence environnementale récente de ces tribunaux, incluant notamment les affaires *Methanex*[39] et *Chemtura*[40].

---

[38] Voir notamment Howard Mann, « Assessing the Impact of NAFTA on Environmental Law and Management Processes », prepared for Commission on Environmental Cooperation, First North American Symposium on Understanding the Linkages between Trade and the Environment, October 2000 à la p 26, tel que cité avec approbation par Marcia Valiante, « Turf War : Municipal Power, the Regulation of Pesticides and the Hudson Decision » (2001) 11 J Envtl L & P 327 à la p 352, note de bas de page 105 : « Mann suggests that *even where scientifically based risk assessments are not explicitly required as the basis for restrictions, failure to base a decision on scientific findings can be interpreted as a sign a measure is either discriminatory or is not designed to achieve a legitimate environmental objective, or may be more trade restrictive than necessary. Hence, even where not specifically required, development of a sound scientific basis may be an indirect requirement* » [nos italiques].

[39] *Ibid.* Dans l'affaire « *Methanex Corp v United States of America* » (3 août 2005), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>, qui concernait les efforts de la Californie pour bannir un autre additif dans l'essence, le MTBE, le tribunal a consacré toute la Partie III de son jugement à discuter de la preuve scientifique (Partie I- Préface – à la p 6; Partie III, aux pp 1 et s). Il a examiné les recherches scientifiques exécutées par des chercheurs de l'Université de Californie ainsi que les rapports et les témoignages des experts retenus par les parties pour commenter ces recherches, en soulignant que « The resulting expert testimony contained in many of these reports is extremely important in this arbitration, going to the heart of the question of whether US measures, as alleged by Methanex, constitute a 'sham environmental protection in order to cater to local political interests or in order to protect a domestic industry' » (Partie III, chap A, à la p 19). La Partie III se termine par certaines conclusions de fait sur la preuve scientifique : « It is convenient here to summarize the principal findings of fact which the tribunal has made in regard to the scientific issues relating to MTBE :

1. The California ban on the MTBE began as a policy decision of the California Senate which, as expressed in the California Bill, *was contingent on the scientific findings of the UC Report*, and which was to be implemented by California in the light of its public hearings, testimony and peer review;

2. This policy was motivated by the honest belief, held in good faith and *on reasonable scientific grounds*, that MTBE contaminated groundwater and was difficult and expensive to clean up » [nos italiques].

Le tribunal s'est ensuite servi de ces conclusions de faits pour déterminer si l'investisseur avait réellement un recours en vertu des articles 1105 et 1110 (relativement à la question de savoir si la loi adoptée avait réellement un objectif légitime et n'était pas une mesure discriminatoire). Voir pour l'article 1105, le jugement du tribunal Partie IV, chapitre C, à la p 12 de son jugement au para 26 (renvoi à la Partie III relativement au fait que Methanex n'a pas réussi à prouver que la décision de la Californie de bannir le MTBE était discriminatoire) et pour l'article 1110, la Partie IV, chapitre D, aux pp 2-7

Elle s'est d'ailleurs manifestée dès le départ. Ainsi, dans la poursuite d'Ethyl Corporation, celle-ci a plaidé avec force que les études scientifiques obtenues par le gouvernement canadien lui-même indiquaient que le MMT ne présentait aucun risque pour la santé humaine et pour l'environnement[41].

(renvoi à la Partie III relativement au fait que la mesure est légitime et non discriminatoire). En d'autres termes, même si le chapitre 11 de l'ALÉNA ne contient pas de disposition exigeant expressément qu'une mesure législative attaquée soit justifiée par une preuve scientifique, il arrive exactement ce que Mann (*supra* note 38) avait anticipé : les tribunaux d'arbitrage ont tendance à évaluer la preuve scientifique disponible afin de déterminer si l'État agit d'une manière acceptable ou non.

40 Gouvernement du Canada, *Crompton (Chemtura) Corp v Government of Canada, Award of the Arbitral Tribunal* (2 août 2010), en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/crompton_archive.aspx?lang=en&view=d>. Dans ses arguments relatifs à la contravention alléguée de l'article 1105, l'investisseur américain a allégué que le fondement scientifique de la décision du Canada relative au composé chimique concerné était insuffisant (para 126), ce qui a contraint le tribunal à se pencher sur la question. Le tribunal, tout en indiquant que son rôle n'était pas de départager les scientifiques (para 134), a souligné que le composé chimique en question avait déjà été identifié comme dangereux et banni par de nombreux pays ainsi que certaines conventions internationales (para 135 et s). C'est sur cette base et en tenant compte de ce contexte factuel général qu'il a rejeté les allégations de l'investisseur relatives à la mauvaise foi du Canada dans le cadre de son analyse relative au recours de l'article 1105 et qu'il a pu se dispenser de faire analyse de la preuve scientifique aussi complète et précise que celle qui avait été effectuée dans l'affaire *Methanex*.

Le problème, c'est que le Canada ne devrait pas avoir à attendre que d'autres pays aient légiféré ou qu'une convention internationale ait été conclue avant de pouvoir prendre les mesures préventives qu'il pense être appropriées pour la santé des Canadiens et la protection de leur environnement.

De plus, bien que le tribunal se défende bien d'avoir à trancher une question scientifique (ce qu'il réitère au para 153 de sa décision), on voit bien qu'en réalité il a quand même examiné de près la preuve scientifique sur laquelle le Canada s'est fondé pour prendre sa décision et qu'il s'est fié dessus, puisqu'il écrit au para 154 : « The Tribunal is further comforted in this conclusion by the fact that in both his written and oral testimony, the expert witness presented by the Respondent, Dr Costa, confirmed that the PMRA conclusions were within acceptable scientific parameters » et voir les paragraphes suivants où il examine ce témoignage en détails. De même, dans son analyse de l'article 1110, le Tribunal a aussi renvoyé à sa conclusion sur la question scientifique telle qu'effectuée dans son analyse de l'article 1105, voir para 266 « *As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA*, the PMRA took measures within its mandate, *in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment*. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and as such, does not constitute an expropriation » [nos italiques].

41 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 aux para 14 et s.

Ce point de vue n'a pas été admis par le Canada dans sa défense à la poursuite[42]. Il a plutôt répliqué que les effets à long terme de l'exposition à des doses plus faibles de Mn gazeux et respirable résultant de la combustion du MMT dans l'essence sur la santé publique et l'environnement étaient, en réalité, inconnus[43].

À cet égard, il faut souligner que les efforts du Canada afin de bannir le MMT ont été fortement décriés par certains auteurs après le règlement hors cour de l'affaire *Ethyl Corporation*. Il a été allégué par eux que ce produit ne soulevait pas réellement de problème au niveau de l'environnement et de la santé humaine, et que le gouvernement canadien avait essentiellement été manipulé par les manufacturiers automobiles (autrement dit, le gouvernement canadien aurait en réalité agi par protectionnisme)[44].

Or, comme nous allons le voir, les résultats des travaux récents du professeur Zayed et de ses collaborateurs confirment que la question de l'impact potentiel du MMT sur la santé publique et l'environnement ne peut pas simplement être écartée du revers de la main. L'histoire de cas de l'affaire *Ethyl Corporation* mérite d'être révisée à la lumière de ces travaux, car elle souligne où le bât blesse dans le chapitre 11 de l'ALÉNA. Il s'agit d'un « cautionary tale », qui gagne à être spécifiquement reconnu comme tel et mieux compris, car le problème qu'il soulève n'a pas été réglé dans la jurisprudence subséquente décidée en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Une lecture attentive de la décision rendue par le tribunal d'arbitrage dans *Methanex* révèle, en particulier, que bien que les deux affaires présentent de grandes similarités à certains égards, il existait une différence fondamentale entre elles.

Pour ce qui est des similarités, dans les deux cas, l'État souhaitait bannir un additif de l'essence en raison de ses effets anticipés sur la santé humaine et l'environnement. Dans *Methanex*, c'était les États-Unis qui étaient poursuivis relativement à la décision de l'État de Californie de bannir le MTBE produit par une entreprise canadienne. Celle-ci se trouvait en situation non pas de monopole comme Ethyl Corporation, mais certainement de fournisseur principal, puisqu'elle détenait 70% du marché californien.

---

42 *Ibid* aux para 25-27.

43 *Ibid* au para 30. Voir aussi les considérations de stratégies de réduction de pollution atmosphérique discutées au para 60.

44 Voir Hill et Leiss, *supra* note 17.

Au niveau de la preuve scientifique disponible, il existait toutefois une différence absolument fondamentale entre ces deux affaires. Cette différence était relative à l'impact du produit non pas sur la santé humaine par inhalation (qui était mal connu non seulement dans l'affaire *Ethyl Corporation*, tel que susmentionné, mais aussi dans l'affaire *Methanex*[45]), mais bien sur l'environnement. Or, la décision du tribunal au niveau de la preuve scientifique dans *Methanex* repose entièrement sur cette différence.

Le tribunal indique en effet dans son jugement qu'il a accepté sans réserve le témoignage des experts dont les services avaient été retenus par les États-Unis à l'effet qu'il était clairement établi que l'additif concerné polluait les ressources en eau de la Californie et que cela entraînait des coûts prohibitifs pour cet État très peuplé et à la géographie désertique[46]. C'est en raison de ce problème environnemental coûteux que le tribunal a conclu que les États-Unis avaient agi de bonne foi et dans l'intérêt public[47]; ces conclusions ont ensuite joué un rôle dans le rejet des réclamations que Methanex avait formulé en vertu de divers articles du chapitre 11 de l'ALÉNA[48].

Ce qui est important pour nos fins, c'est que le tribunal ne semble pas avoir considéré les risques à la santé humaine résultant de l'inhalation du MTBE sous forme gazeuse comme un facteur dans sa décision, sans doute

---

45 *Methanex Corp v United States of America*, *supra* note 39, Partie III – chapA – à la p 5, au para 11 : « MTBE exposure through inhalation is likely to be below health-threathening levels, except for occupational workers such as gasoline station attendants and auto-mechanics. However, *there are important data gaps in our understanding of the acute and chronic toxicity of MTBE. Little or no research is currently being conducted that directly addresses these issues. Whilst MTBE risks to human health may be low, they are uncertain* » [nos italiques].

46 *Ibid* à la p 51, au para 101.

47 *Ibid.* Il est en effet très intéressant de constater que les conclusions des témoins experts des États-Unis concernaient presque exclusivement, tel que rapportées par le Tribunal, la pollution des nappes phréatiques californiennes par le MTBE et les coûts prohibifs que cela entraînerait pour la Californie, un État plutôt désertique et dont les ressources en eau étaient limitées (Partie III, chapA, aux pp 32 et s). La question de l'impact du MTBE gazeux n'a conséquemment pas été reprise par le Tribunal dans sa discussion des témoignages d'experts; il s'est plutôt concentré sur le fait que la pollution de l'eau semblait davantage établie et que c'était suffisant en soi. Cela signifie que les problèmes soulevés par le manque de preuve scientifique dans l'affaire *Ethyl Corporation* et l'impact de cela sur la capacité de l'État d'agir de manière préventive n'ont pas été réglés dans l'affaire *Methanex* et qu'ils persistent. En présence d'une autre affaire du type de celle d'*Ethyl Corporation* et avec un niveau de preuve scientifique semblable, il est loin d'être évident que le chapitre 11 de l'ALÉNA n'aurait pas encore une fois un effet délétère sur la capacité de l'État d'adopter des mesures de protection de l'environnement et de la santé publique.

48 Voir *supra* note 39.

parce qu'au moment du jugement, ces risques n'étaient pas scientifiquement bien établis et donc, pas reconnus[49]. Or, c'est exactement le problème qui est soulevé par l'affaire *Ethyl Corporation*, et il n'est pas réglé par l'affaire *Methanex*. Il n'est pas non plus réglé par le jugement rendu en faveur du Canada par le tribunal d'arbitrage dans *Chemtura*, affaire dans laquelle le danger résultant du produit chimique concerné (le lindane, un pesticide utilisé sur les récoltes de canola) était reconnu notamment compte tenu du fait que plusieurs États en avaient déjà interdit l'usage et que des conventions internationales en traitaient[50]. Ceci n'était pas le cas pour le MMT et ne sera évidemment pas le cas pour les nouveaux composés chimiques ou technologies qui ne cessent d'apparaître. Le Canada ne devrait pas avoir à attendre que d'autres États aient agi avant de pouvoir lui-même prendre les mesures qu'il considère appropriées[51]. Ce problème n'est pas non plus nécessairement solutionné par le règlement hors-cour intervenu dans l'affaire *Dow AgroSciences*, même si celui-ci constituait une bonne nouvelle, car il est probable que ce dernier ait été conclu en bonne partie en raison de la décision rendue par le tribunal dans l'affaire *Chemtura* et que plusieurs considérations sont entrées en ligne de compte[52].

---

49 Voir *supra* note 45.

50 Voir *supra* note 40.

51 *Ibid.* C'est d'autant plus le cas que les États sont nombreux désormais à être assujettis à des dispositions semblables à celles du chapitre 11 de l'ALÉNA, qui limitent leur marge de manoeuvre, de sorte qu'on pourrait très bien se retrouver éventuellement dans une situation où personne n'a la liberté d'agir en premier, s'il fallait toujours être capable d'établir que le risque est déjà reconnu ailleurs.

52 L'affaire *Dow AgroSciences* concernait en effet aussi une mesure interdisant l'usage d'un pesticide, le 2,4-D, mais sur les pelouses cette fois plutôt que dans l'agriculture. Dow AgroSciences a poursuivi le Canada en vertu des articles 1105 et 1110, en alléguant notamment que le Québec, qui avait adopté la mesure législative contestée, avait agi en sachant très bien qu'il n'y avait pas de preuve scientifique suffisante pour justifier le bannissement du produit sur une base scientifique (voir Gouvernement du Canada, *Dow AgroSciences LLC c le Gouvernement du Canada, Notification d'arbitrage* (31 mars 2009), en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/agrosciences_archive.aspx?lang=fr&view=d)> aux para 23 et s). Il n'y a pas eu de Défense par le Canada ni de jugement dans cette affaire, qui a plutôt été l'objet d'un règlement hors cour (disponible sur le même site web), sans aucune compensation payable par le Canada, quelques mois après le jugement rendu dans l'affaire *Chemtura*, donc il y a relativement peu d'éléments d'information dans le dossier qui permettent de l'évaluer.

Il est probable que la décision rendue par le tribunal d'arbitrage dans *Chemtura* a conduit les avocats en charge du dossier à réévaluer à la baisse les chances de leur cliente de gagner sa cause, mais ce n'était pas uniquement la question de la preuve scientifique qui a joué. Il y a d'autres aspects de l'affaire *Chemtura* qui ont dû avoir un impact relativement important, incluant notamment le raisonnement du tribunal dans l'affaire

Le problème, c'est que le fait qu'un risque ne soit pas scientifiquement bien établi et connu à un moment donné dans le temps ne signifie pas qu'il n'existe pas et que le législateur ne devrait pas pouvoir en tenir compte et adopter des mesures de manière préventive pour le bien de sa population. L'évolution subséquente de la situation dans la saga du MMT après le règlement hors-cour intervenu dans l'affaire *Ethyl Corporation*, sur laquelle nous allons maintenant nous pencher, est très instructive à cet égard.

1) Les travaux du professeur Zayed et de ses collaborateurs et leur impact sur notre compréhension de la saga du MMT

À l'Université de Montréal, une équipe de chercheurs étudie la contribution du MMT à la pollution atmosphérique au Mn depuis plus d'une quinzaine d'années[53].

Déjà en 2002, une étude réalisée par l'un de ces chercheurs, le professeur Joseph Zayed, rattaché à la Faculté de Médecine de l'Université de Montréal, confirmait que le problème de la contamination de l'environnement au MMT était bien réel et qu'il était susceptible de constituer un risque potentiel pour la santé humaine[54]. L'étude en question

---

Chemtura sur l'article 1110. Il y précisait notamment que l'investisseur étranger ne pourrait pas obtenir de compensation en vertu de cet article parce qu'il n'y avait pas d'expropriation compensable, étant donné que le produit chimique visé par la mesure législative représentait seulement 10% des ventes de l'entreprise. Ce raisonnement était fort probablement applicable à Dow AgroSciences. Cette multinationale vend en effet une foule de produits chimiques différents et le produit concerné par le règlement hors-cour ne peut avoir représenté plus qu'une fraction de ses ventes. Par conséquent, la plainte de Dow AgroSciences aurait échoué en vertu de l'article 1110 si le tribunal d'arbitrage constitué avait pris la même approche. Toutefois, la mesure législative, règlementaire ou administrative contestée par une multinationale ne visera pas toujours qu'un faible pourcentage de ses produits ou activités. Pour ce qui est de la plainte en vertu de l'article 1105, plusieurs considérations ont aussi pu entrer en ligne de compte. Voir notamment à cet égard Geneviève Dufour et Hélène Trudeau, « L'État a-t-il encore toute la marge de manœuvre qu'il devrait avoir? L'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur le droit québécois de l'environnement », à paraître dans les Développements récents en droit de l'environnement, a.d., sections 4 et 5.1, qui contiennent une analyse de l'affaire *Dow AgroSciences* effectuée dans la perspective du droit environnemental québécois.

53 Joly *et al*, *supra* note 23 à la p 269.

54 Voir *supra* note 19 : « Ayant remplacé le plomb comme antidétonant dans l'essence depuis une douzaine d'années au Canada, le méthylcyclopentadienyle manganèse tricarbonyle (MMT) pourrait causer des dommages au système nerveux. En effet, l'exposition à de fortes concentrations de manganèse peut entraîner des problèmes neurologiques semblables à ceux de la maladie de Parkinson. Or, les produits de combustion du MMT engendrent le rejet par les automobiles de différentes formes chimiques de manganèse. « Le système nerveux est une cible toute désignée pour les effets nocifs associés au manganèse, alors que le bulbe olfactif peut accumuler des

a été transmise à cette époque à Santé Canada[55]. Le professeur Zayed, qui est également membre de l'IRSPUM, a continué par la suite à travailler sur cette question et a produit plusieurs autres publications scientifiques fort intéressantes sur le sujet[56].

Un an après l'étude réalisée par le professeur Zayed, soit en 2003, les raffineries canadiennes ont volontairement cessé d'utiliser le MMT comme additif dans l'essence, de sorte que l'essence canadienne est depuis cette époque libre de tout MMT[57]. Le MMT est toutefois encore utilisé comme additif dans l'essence dans d'autres pays, de sorte qu'au niveau mondial, la question est loin d'être réglée[58].

Suite à la disparition du MMT dans l'essence au Canada, le professeur Zayed et ses collaborateurs ont effectué d'autres études dans la région de Montréal. Ils ont constaté qu'après avoir cessé d'utiliser ce produit dans l'essence la quantité de manganèse présente dans l'air ambiant a fortement

---

quantités relativement élevées de ce produit », signale le toxicologue Joseph Zayed au terme d'une étude de longue haleine dont le rapport a été déposé en 2002 à Santé Canada. Pour en arriver à cette constatation, le directeur du Centre interuniversitaire de toxicologie et professeur à la Faculté de médecine de l'Université de Montréal a mené des études sur des animaux et sur des humains dont l'environnement est touché par la présence de manganèse de source MMT. « (selon la citation sur internet) « Il ne faut pas être alarmiste, affirme le chercheur, mais nos recherches démontrent que le problème de la contamination par le manganèse de source MMT est bien réel; le risque potentiel de ce produit sur la santé publique doit être bien documenté, en particulier pour ce qui est des sous-groupes plus sensibles, comme les personnes âgées et celles qui souffrent de dysfonctions hépatiques. Des études épidémiologiques poussées devraient être entreprises auprès de ces populations. » »

55 *Ibid.*

56 Voir sa page de chercheur localisée de l'Université de Montréal qui inclut une liste de publications ainsi qu'un accès direct à plusieurs articles, en ligne : Institut de recherche en santé publique <http://www.medsp.umontreal.ca/IRSPUM_DB/equipe.asp?no=197>. La liste qui suit n'est pas exhaustive : Joseph Zayed *et al*, « Estimation of Annual Mn Emissions from MMT Source in the Canadian Environment and the Mn Pollution Index in Each Province » (2003) 312 Sci Total Environ 147; Alexandre Joly *et al*, « Reduced Atmospheric Manganese in Montreal Following Removal of Methylclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) » (2009) 20:6 Epidemiology S106-S107.

57 Joly *et al, supra* note 23 à la p 264. Voir aussi Michael P Walsh, « The Global Experience with Lead in Gasoline and the Lessons we Should Apply to the Use of MMT » (2007) 50 AM J Ind Med 853 à la p 858 (où il est précisé que les raffineries ont cessé de l'utiliser parce qu'elles étaient préoccupées d'engager potentiellement leur responsabilité et qu'elles attendent les résultats d'études scientifiques plus approfondies).

58 Joly *et al*, *supra* note 23; Walsh, *supra* note 57.

diminué[59]. Les chercheurs semblent être d'avis que cette diminution est attribuable à la cessation de l'utilisation du MMT dans l'essence. Toutefois, même si scientifiquement la diminution du manganèse atmosphérique à Montréal constatée de manière concomitante à la cessation de l'utilisation du MMT dans l'essence permet aux chercheurs *d'inférer* que la diminution de l'un est due à la disparition de l'autre, ils ne peuvent pas dire que c'est scientifiquement *prouvé*.

Ce qui est important de comprendre pour nos fins, c'est que les tests scientifiques sont articulés de telle façon qu'en ce moment *il est technologiquement impossible de prouver la relation de cause à effet entre la disparition du MMT dans le carburant et la diminution du manganèse dans l'air ambiant*.

Pourquoi? Parce que comme l'explique le professeur Zayed, il faudrait pour cela être capable d'établir une corrélation chimique et physique très précise entre les particules de manganèse de source MMT et celles qui se retrouvent ensuite sous forme de manganèse dans l'air ambiant. Or, ceci ne peut se faire qu'en les comparant, et cette comparaison est actuellement impossible en raison des limites analytiques[60].

---

59 Des échantillons d'air ont été collectés à trois stations d'observation. La diminution entre les deux périodes de référence (l'une étant celle se terminant en 2003, année où le MMT a cessé d'être utilisé, et l'autre, celle se terminant quatre ans plus tard en 2007) est de 36% pour deux des stations d'observation (station A, près d'une autoroute, à 4 km du centre-ville de Montréal; station B, centre-ville de Montréal) et de 52% pour la troisième station (station C, près d'une autoroute à la hauteur de Ste-Anne de Bellevue). Comme, pour les mêmes périodes de référence, il y a aussi une diminution générale de 20% du total des particules de poussières en suspension dans l'air, les chercheurs ont considéré que cette diminution générale peut contribuer à expliquer une diminution de 20% du manganèse, mais cela laissait quand même une diminution inexpliquée additionnelle de 16% du manganèse pour les deux premières stations et 22% pour la troisième station. Les chercheurs concluent que: « the further 22% decrease must be due to the disappearance of another source of Mn, such as the particles from the combustion of MMT. From this, we can hypothesize that *the use of MMT in gasoline in Montreal (Canada) led to an increase of 22% of airborne Mn, which disappeared when the use of MMT stopped. Whereas the present study allows us to infer this relation, the data do not provide direct proof* » [nos italiques]. Voir Joly, *et al*, *supra* note 23 à la p 266. En d'autres termes, suite à la disparition du MMT dans le carburant des véhicules utilisés à Montréal, on constate une diminution entre 16% et 20% du taux de manganèse dans l'air ambiant, pour laquelle aucune autre cause apparente n'a pu être identifiée que l'arrêt de l'utilisation du MMT dans l'essence.

60 Joly *et al*, *supra* note 23 aux pp 267-268: « To better understand the contribution of MMT to environmental Mn, several studies have assessed atmospheric Mn in different microenvironments. However, a direct relation between MMT and atmospheric Mn was never made. In order to do so, three steps are required: (1) the qualitative assessment of Mn emissions. This was done by Zayed *et al* (1999b) […]. (2) the sampling of atmospheric

En d'autres termes, même si toutes les informations dont on dispose actuellement nous orientent très nettement, selon le test légal de la prépondérance des probabilités, vers la conclusion que la disparition du MMT est la cause de la diminution du manganèse dans l'air ambiant, les limites de la technologie jumelées aux exigences très particulières de la discipline scientifique font qu'il est impossible aux chercheurs de confirmer un lien causal au sens scientifique du terme.

Ceci illustre très bien l'un des nombreux problèmes qu'il peut y avoir à vouloir faire de la science l'arbitre des décisions de l'État en matière de santé publique et de protection de l'environnement[61]. Il est peut-être

---

Mn; and (3) the direct quantification of MMT to atmospheric Mn. This would be possible by characterizing the Mn particles collected through atmospheric sampling (step 2) in order (a) to determine the number and the mass of particles that chemically and physically correspond to those characterized in step 1 (the MMT source) and (b) to compare these number/mass to those related to other physicochemical forms of Mn particles characterized in the same sample. Our research group spent a lot of energy in trying to achieve this third step *Unfortunately, the quantity of carbon present in the atmospheric background level and collected during sampling hinders the localization and identification of Mn particles on the filter. Almost all these particles are occulted by the carbon. Until these difficulties are overcome, it is impossible to compare with a direct approach Mn from MMT source with Mn from other sources* » [références omises][nos italiques].

61 Pour une discussion plus approfondie de divers problèmes associés au fait d'attribuer ce rôle à la preuve scientifique dans les accords économiques internationaux, voir notamment Alan O Sykes, « Domestic Regulation, Sovereignty, and Scientific Evidence Requirements: A Pessimistic View » (2002) Chicago J Int'l L 353 aux pp 354-355: « [s]cientific evidence requirements can also create hurdles for regulators who sincerely pursue objectives other than protectionism. Depending on the context, scientific evidence may be inconclusive or its conclusions highly tentative or preliminary. Convincing scientific proof of certain risks, particularly low level risks, may well be difficult to produce. » et « Meaningful scientific evidence requirements fundamentally conflicts with regulatory soveignty in all cases of serious scientific uncertainty. », son article inclut une analyse fort intéressante de plusieurs décisions rendues en vertu des accords de l'OMC; Alison Peck, « Leveling the Playing Field in GMO Assessment : Importers, Exporters and the Limits of Science » (2010) 28 B U Int'l L J 241, en particulier sa discussion sur le concept de « framing » et les jugements de valeur incorporés dans l'approche scientifique ainsi que la discussion aux pp 270 et s de l'affaire *Geertson Seed Farm c Johanns*, 541 F 3d 398 (9th Cir 2008), qui illustre ce problème (la Cour y a été appelée à décider si la disparition complète d'une variété de plante en raison de sa contamination par son substitut biotech pouvait être considérée comme un impact environnemental significatif – « significant environmental impact » – ou non); Claire Magee, « Using Chevron as a Guide : Allowing for the Precautionary Principle in WTO Practice » (2009) Geo Int'l Envtl L Rev 615, sur les limites de la science (ignorance et incertitude), absence d'unanimité scientifique et à cet égard voir notamment aux pp 619-620 : « Reaching a uniformly agreed-upon scientific conclusion is nearly impossible. A perfect example of this is Christina Rudén's study of twenty-nine consensus scientific assessments of the carcinogenicity of trichloroethylene (TCE), commonly used in industrial

logique, quand on construit le savoir scientifique, de refuser de faire un pas en avant tant qu'on n'a pas une certitude quasi-absolue sur une question, mais c'est une approche qui est singulièrement inappropriée à la conduite des affaires dans la vie de tous les jours. Dans la vraie vie, il faut constamment prendre des décisions sans avoir 100% de l'information ou encore sans certitude absolue. Les entreprises elles-mêmes n'échappent pas à cela et les gouvernements non plus.

Prescrire aux États une ligne de conduite suivant laquelle ils ne peuvent pas agir de manière préventive pour le bien de leur population à moins d'avoir la preuve scientifique que tel facteur est la cause de tel effet négatif sur l'environnement ou la santé publique, alors que la science a ses limites et est souvent technologiquement incapable de départager si c'est le cas ou non, c'est les condamner à attendre que les effets négatifs se soient effectivement produits plutôt que de leur permettre d'agir de manière préventive.

Certains des problèmes environnementaux les plus pressants de notre époque, comme les changements climatiques par exemple, sont par essence extrêmement complexes. Il est pratiquement impossible d'établir un lien causal au sens scientifique du terme entre les activités humaines et eux, même si selon le test légal de la prépondérance de la preuve, qui est

---

solvent. Six of the risk assessor committees judged TCE to be noncarcinogenic, ten committees found TCE to be carcinogenic in animals only and not in humans, and thirteen committees found a non-negligible human cancer risk. […] Rudén explained that though the difference in interpretation is well within the scope of scientifically acceptable interpretations and that the differences were only minor, the subtle differences have great potential to affect the overall risk assessment conclusions. […] Even "sister departments of the same agency at the same time under the same administration" have disagreed on "the carcinogenic potential of the same toxic substance". Professor Howard Latin discovered that the United States Occupational Safety and Health Administration (OSHA) and the Environmental Protection Agency (EPA) took opposite positions on the danger of benzene even though both positions were based on the same edidemiological studies. »; méthodologie; erreurs (notamment les erreurs dites de type II, qui correspondent à la p 622 « [t]ype II error: not observing an effect that exists. […] Type II error are generally set at twenty percent, meaning that twenty percent of the time "a real phenomenon will be missed because the data were not strong enough to convincingly demonstrate its existence." ». Voir aussi Markus Wagner, « Law Talk v Science Talk : the Languages of Law and Science in WTO Proceedings » (2011) 35 Fordham Int'l L J 151, en particulier à la p 162 : « A statement by a scientist as to the inability to attest the toxicity of a certain substance may thus be understood by a nonscientist WTO member as operating "without sufficient evidence". As will be seen in the next section, such a lack of understanding of the scientific process can have a significant impact on, and in some instances can determine, the outcome of cases in WTO proceedings. »; *infra* note 62 aux pp 182-183.

beaucoup moins exigeant, ce serait sans doute possible de le faire[62]. Il est donc tout à fait essentiel, du point de vue de la protection de l'environnement et de la santé publique, de ne pas exiger un lien causal au sens scientifique du terme pour considérer une mesure adoptée par l'État comme valide et justifiée dans l'intérêt public. Il faut admettre qu'il est non seulement acceptable, mais encore rationnel et complètement adéquat, d'agir simplement par précaution, et il est essentiel de s'assurer que la marge de manoeuvre de l'État est préservée à cet égard.

Toute autre approche, même si elle peut sembler sur le coup servir les intérêts particuliers de quelques-uns à court terme, les dessert en réalité à moyen et à long terme, et dessert aussi ceux de la population dans son ensemble.

À titre d'exemple, Ethyl Corporation a peut-être gagné sa cause devant le tribunal institué en vertu du chapitre 11 de l'ALENA à l'époque, mais c'était, comme dans la saga du plomb dont il sera question ci-dessous, une victoire qui s'est ultimement avérée négative pour elle, quand ses véritables conséquences ont commencé à se faire sentir. C'est ce qu'on appelle une victoire à la Pyrrhus, c'est-à-dire, une victoire qui nuit autant au gagnant qu'au perdant.

Il vaut mieux, pour une société par actions, et également pour les architectes des accords économiques internationaux et ceux qui sont appelés à les appliquer, être plus réceptifs et attentifs à l'ensemble des conséquences qui sont susceptibles de résulter des orientations et des décisions qu'ils veulent prendre. Ces conséquences finiront éventuellement par les rattraper. Ne vaut-il pas beaucoup mieux prévenir que guérir?

À cet égard, ce qui s'avère très décevant, c'est qu'on dirait parfois que nous n'apprenons pas de nos erreurs et que nous ne modifions pas nos comportements et nos décisions en conséquence. Évidemment, nous frappons, éventuellement, le même mur. Avant la saga du MMT, nous avions déjà eu droit, comme nous allons le voir, à celle du plomb. Va-t-il en falloir une troisième, puis une autre encore, ou allons-nous finalement accepter d'agir, collectivement, de manière plus réfléchie et prudente, plus mature et plus responsable, plus respectueuse des personnes et de l'environnement?

---

62 Voir Wagner, *supra* note 61 aux pp 182-183: « This is the result of how science works, an aspect often misunderstood by non-scientists (including lawyers, judges and adjudicators): *science is able to explain causal relations with a great deal of accuracy only in relatively simple analyses. The more variables a system has and the higher the degree of complexity (eg, nuclear plants or climate change), the more challenging if not impossible it is to prove with a high degree of certainty what is to be assessed* » [nos italiques].

2) Les leçons à tirer de l'histoire : Ethyl Corporation, la saga du plomb, additif dans l'essence, et ses conséquences aux États-Unis

L'importance de préserver la marge de manœuvre de l'État pour agir dans l'intérêt public, et le caractère rationnel du choix de l'État d'agir avec prudence et de manière préventive même en l'absence de preuve d'un lien causal au niveau scientifique, ont en effet été plusieurs fois confirmés par les leçons de l'histoire. Nous ferions mieux de nous familiariser avec celles-ci[63] si nous ne voulons pas nous retrouver dans la position peu enviable de répéter continuellement les mêmes gaffes. Si cela avait été fait dans la saga du MMT, la conclusion de l'affaire *Ethyl Corporation* aurait potentiellement été différente.

À cet égard, un éditorial paru dans le *American Journal of Industrial Medicine* sur un article du professeur Zayed[64] est particulièrement intéressant, car il nous informe que les faits dans l'affaire du MMT ne sont pas sans rappeler ceux de l'introduction d'un dérivé du plomb par la même société par actions, Ethyl Corporation, dans le marché américain en 1922[65], et ses conséquences.

Lors de l'introduction de ce dérivé du plomb, les travailleurs de la société par actions furent atteints de graves problèmes de santé, mais le produit fut néanmoins déclaré sécuritaire pour la santé humaine par l'agence de santé des États-Unis et son utilisation dans l'essence fut permise[66].

Dans les années 70s, après que la population américaine ait été exposée au produit pendant une cinquantaine d'années, les scientifiques réalisèrent toutefois que la pollution résultant de l'utilisation de ce dérivé

---

63 Voir notamment Boyd, *infra* note 79 aux pp 234-235; Richard Cowen, *The history of life*, 4e éd, Oxford (UK), Blackwell Publishing, 2005 aux pp 312-314; David Suzuki et Amanda McConnell, *A Visual Celebration of our Place in Nature: The Sacred Balance*, Vancouver, Greystone Books, 2002 aux pp 18 et s.

64 Joseph Zayed, « Use of MMT in Canadian Gasoline: Health and Environment Issues » (2001) 39 Am J of Ind Med 426.

65 Landrigan, *supra* note 20; voir aussi Walsh, *supra* note 57, sur la saga du plomb dans l'essence et ses effets ainsi que les conclusions qu'on devrait en tirer sur la manière d'aborder la controverse relative au MMT.

66 Landrigan, *supra* note 20 à la p 434 : « A few months after Ethyl began producing tetraethyl lead, 80% of the chemical workers at its plant in Bayway, New Jersey began hallucinating, some developed acute convulsions, and five died. Others were left permanently psychotic. A brief moratorium was imposed on production. But after a hasty study by a compliant U.S. Public Health Service, *the chemical was declared safe*, plant conditions were improved and the additive was put back in gasoline [Rosner and Markowitz, 1985] » [nos italiques].

du plomb dans l'essence était la cause de problèmes neurologiques chez plusieurs enfants[67]. Elle était notamment responsable d'une augmentation du nombre de personnes mentalement retardées[68]. Ce composé du plomb (qui, rappelons-le, avait à l'origine été déclaré sécuritaire par l'agence gouvernementale américaine en charge de la santé publique, faute de preuve scientifique permettant d'établir le contraire …) fut donc banni de l'essence. Mais pas avant que la population américaine ait effectivement servi de cobaye pour démontrer de manière scientifiquement irréfutable ses effets nocifs …

Landrigan, commentant la controverse relative au MMT, écrit donc: « The Ethyl Corporation asserts that MMT is safe, but its claims do not withstand scientific scrutiny. As the report in this issue of the Journal by Zayed demonstrates, systemic studies of the effects of manganese at low levels in humans are lacking in Canada as well as elsewhere. […] *It makes no sense for our society to violate the precautionary principle* and to experiment again with the introduction of a potentially neurotoxic material to the nation's gasoline supply. […] The United States cannot afford a repeat of the lead tragedy » [nos italiques][69]. Le Canada non plus, pourrait-on dire. Toutefois, ce dernier s'est quand même retrouvé dans la position peu enviable d'avoir à défendre sa loi (sans succès) contre Ethyl Corporation, en raison des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, qui ne font aucune place explicite au principe de précaution.

L'articulation de ce principe au niveau légal est récente; elle a commencé dans les années 70s en Allemagne avant d'être progressivement

---

67 *Ibid* à la page 434: « At peak production in the 1970's, more than 200 000 tons of tetraethyl lead were produced annually in the United States (National Academy of Science, 1972). Vast amounts of this lead were released into the environment from the tailpipes of cars, trucks and buses. Widespread contamination of dust, soils, surface water and the food chain resulted. For many years, the hazards of this contamination to public health went unrecognized. Several generations of American children unknowingly suffered loss of intelligence and alteration of behavior on the result of subclinical lead poisoning. […] In the 1970's, after 50 years had elapsed, scientists and regulators came to realize that lead from automobile exhaust was getting into the brains of American children to cause neurological impairment. This chronic impairment was shown to increase the number of children with mental retardation, to reduce the number of truly gifted children and to increase the number of adolescents with a propensity to violence and criminal behaviour. As a consequence of these findings, tetraethyl was phased out from gasoline in this country – one of the most important public health action in the last three decades » [références omises].

68 *Ibid.*

69 *Ibid* à la p 435.

incorporée, d'abord dans un certain nombre de conventions internationales, et ensuite dans les législations nationales de plusieurs États[70].

Toutefois, comme le soulignent Kerr, Janda et Pitts dans leur livre sur la responsabilité sociale des entreprises et le développement durable (dont la préface a été rédigée par nul autre que l'Honorable Charles Gonthier qui a servi quinze ans à titre de juge à la Cour suprême du Canada), l'idée elle-même n'est pas nouvelle[71]. En 1849, une épidémie de choléra fut enrayée en Angleterre en coupant l'accès aux pompes à l'eau potable, que le Dr John Snow soupçonnait, sans être capable de le prouver en raison de l'état de la science à son époque, de constituer la source de contamination[72]. Kerr, Janda et Pitts considèrent qu'une des plus anciennes manifestations du principe de précaution se retrouve dans le serment d'Hippocrate (460-370 av J-C) : « First, do no harm ». En Allemagne, l'application de ce principe s'est traduite par la décision étatique d'obliger les entreprises à réduire leurs émissions de manière à enrayer les pluies acides, qu'on soupçonnait, sans être en mesure de le prouver, être la cause du fait que « its forests were suddently and inexplicably dying »[73].

Comme Kerr, Janda et Pitts nous le font remarquer : « The precautionary principle, then, is neither a novel concept nor one limited to the realm of international treaties and formal legal instruments. It is a customary norm rooted in both our legal and social mores. »[74].

Le principe peut, au niveau social et légal, être formulé et se décliner de différentes façons, mais essentiellement, il essaie, comme son cousin germain, le principe de prévention, de créer un espace juridique habitable

---

70 Michael Kerr, Richard Janda et Chip Pitts, *Corporate Social Responsibility : A Legal Analysis*, Markham (Ont), LexisNexis, 2009 aux pp 365-377 (en droit international de l'environnement) et aux pp 377-388 (en droit local de l'environnement); Hélène Trudeau, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 in fine de la Loi sur la qualité de l'environnement » (2002) 43 C de D 103 aux pp 104-105 [Trudeau, « La précaution »]; Hélène Trudeau, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement » (2003) Queen's LJ 455 [Trudeau, « Du droit international »]. Voir aussi, sur le principe de précaution en droit de l'environnement canadien, Hélène Trudeau et Thérèse Leroux, « Conjurer un sort incertain : le principe de précaution et l'évaluation des espèces en péril au Canada » (2008) 87 R du B can 162.

71 Kerr, Janda et Pitts, *supra* note 70 à la p 349.

72 *Ibid* aux pp 349-350.

73 *Ibid* à la p 349.

74 *Ibid* à la p 351; voir aussi Trudeau, « Du droit international », *supra* note 70 aux pp 460-461, pour une discussion sur le statut juridique de principe de précaution en droit international.

pour la notion de prudence[75]. L'objectif du principe de précaution est de permettre à l'État d'agir de manière prudente, même en cas d'incertitude résultant de l'absence de preuve scientifique bien établie, de manière à prévenir un dommage; le principe de prévention s'appliquera plutôt quand la preuve scientifique est établie[76]. D'où la pertinence du principe de précaution par rapport à une situation comme celle qui s'est produite dans l'affaire *Ethyl Corporation*, où la preuve scientifique n'était pas bien établie à l'époque pertinente. Le Canada avait d'ailleurs publiquement invoqué ce principe à l'époque pour justifier sa décision d'adopter les décisions législatives pertinentes[77], même s'il n'était pas formellement incorporé dans le chapitre 11 de l'ALÉNA et qu'il ne l'a donc pas spécifiquement plaidé en tant que tel dans son « Statement of Defence »[78].

Dans notre monde moderne, le principe de précaution est fréquemment formulé, au niveau légal, d'une manière assez restrictive, dans la mesure où pour que l'État soit en mesure de l'invoquer, il faut qu'il établisse l'existence d'un risque potentiel et il faut aussi que le dommage anticipé soit considéré comme grave et/ou irréversible[79]. Ceci peut sembler potentiellement rassurant à ceux et celles qui craignent que les mesures que l'État prend n'aient un impact sur les activités économiques. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'à l'inverse, cela peut inquiéter ceux qui sont plutôt préoccupés de l'impact de nos activités économiques sur l'environnement et la santé publique. Le degré de preuve scientifique nécessaire pour établir l'existence d'un risque potentiel (par opposition à

---

75 Trudeau, « La précaution », *supra* note 70 à la p 106; Kerr, Janda et Pitts, *supra* note 70 aux pp 369 et s.

76 *Ibid* à la p 106; Kerr, Janda et Pitts, *supra* note 70 aux pp 369 et s.

77 Schneiderman, *supra* note 14 à la p 132 : « Invoking the "precautionary principle", Environment Canada argued that legislators were required to err on the side of human health and the environment. ».

78 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Defence, *supra* note 18.

79 David Boyd, *Unnatural Law : Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*, Vancouver, UBC Press, 2003 à la p 234; Kerr, Janda et Pitts, *supra* note 70 à la p 347; Trudeau, « La précaution », *supra* note 70 aux pp 134-135; Marie-Claire Cordonier Segger et Markus W Gehring, « Precaution, Health and the World Trade Organization: Moving toward Sustainable Development » (2003) 29 Queen's LJ 133 à la p 135 : « The most widely accepted statement of the precautionary principle is set forth in the 1992 Rio Declaration : "Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation." In other words, if a particular activity might lead to serious or irreversible harm, precaution obliges the proponent of the activity to take measures to prevent such harm, or to permit those measures to be taken, despite scientific uncertainty about the existence or the severity of the risk. The precautionary principle evolved from the growing recognition that scientific certainty often comes too late to permit the design of effective legal and policy responses to environmental threat. ».

un risque avéré), la gravité et le caractère irréversible d'un dommage anticipé, peuvent en effet eux-mêmes être sujets de controverse et d'incertitude au niveau scientifique et relever d'un jugement de valeur. Il existe d'ailleurs des conventions internationales où l'exigence que le dommage anticipé soit irréversible ou grave a été rejetée en faveur d'une norme plus flexible[80].

Dans ce contexte, il est légitime de se demander si l'insertion du principe de précaution dans le chapitre 11 de l'ALÉNA se serait avérée suffisante de toute façon pour restituer au Canada la marge de manoeuvre dont il aurait besoin pour être capable de prendre des décisions dans l'intérêt de la protection de l'environnement et de la santé publique, comme celles qu'il souhaitait prendre relativement au MMT dans l'essence.

N'oublions pas que le Canada plaidait à l'époque que le risque était inconnu, alors que la société par actions prétendait plutôt qu'il était bien établi qu'il n'y avait aucun risque[81]. L'évolution de la situation et l'avancement des connaissances ont confirmé depuis que le Canada avait eu raison, mais ce qui est évident actuellement ne l'aurait pas nécessairement été à l'époque pour un tribunal d'arbitrage appelé à trancher entre l'État et l'investisseur privé à partir d'un traité orienté vers la protection des investissements. Comme Schneiderman le rapporte, dans le cadre du règlement hors-cour, le Canada s'est d'ailleurs retrouvé dans la position peu enviable d'avoir à s'excuser face à Ethyl Corporation et de formellement

---

80 Kerr, Janda et Pitts, *supra* note 70 à la p 372. De plus, comme le souligne Trudeau, « Du droit international », *supra* note 70 aux pp 461-462, il n'est pas toujours évident pour l'État qui veut invoquer le principe de précaution de parvenir à établir le risque potentiel requis. Comme elle l'écrit à la p 462 : « L'épineuse question du degré de certitude scientifique nécessaire pour établir l'existence d'un risque potentiel pour l'environnement et la santé humaine soulève également bien des interrogations. ». Le risque potentiel est celui qui n'est pas encore établi, comme le professeure Trudeau l'explique très bien dans Trudeau, « La précaution », *supra* note 70 aux pp 115-116 : « Le risque potentiel ou hypothétique est celui qui n'est pas encore prouvé. […] C'est à l'endroit de ce risque que le principe de précaution commande d'agir, même s'il devait être possible de constater éventuellement que le risque potentiel était nul […]. Le risque avéré, par contre, est celui qui est prouvé scientifiquement ». Voir aussi pour une discussion intéressante d'un cas pratique (celui de l'application du principe de précaution dans le contexte de la régulation des substances toxiques au Canada) et des suggestions pour rendre l'application du principe plus efficace, Hélène Trudeau, Kateri Beaulne-Belisle et Thérèse Leroux, « Retour vers le passé : le principe de précaution et la régulation des substances toxiques au Canada » (2010) 1 Revista Catalana de Dret Ambiental 1-53 aux pp 24 et s.

81 Voir *supra* note 41 et texte correspondant.

admettre que le MMT ne soulevait pas de problème[82]. Pourtant, ce n'était pas la réalité.

Ce qui est très clair, c'est que l'affaire du plomb dans l'essence et celle du MMT font ressortir toute l'importance de préserver la marge de manoeuvre décisionnelle de l'État relativement aux questions relatives à la protection de l'environnement et de la santé publique. Il n'est pas normal, ni acceptable, qu'un accord économique international ait pour effet d'empêcher à toutes fins pratiques l'État de légiférer dans l'intérêt public au niveau de la santé publique et de l'environnement et qu'il accorde, concrètement, la priorité aux intérêts privés de quelques investisseurs étrangers sur l'intérêt public[83]. Éventuellement, cela ne peut pas faire autrement que de se retourner contre ceux et celles qui auront fait la promotion d'une telle approche, car les conséquences finissent toujours, tôt ou tard, par se matérialiser; on ne peut pas y échapper. Comme nous venons de le voir, c'est d'ailleurs exactement ce qui s'est produit dans l'affaire Ethyl Corporation. Changer d'approche est donc, en réalité, dans leur propre intérêt à moyen et à long terme.

3) Les contraintes résultant de la structure des recours dans l'ALÉNA et leur impact sur la stratégie législative de l'État

Par ailleurs, il faut aussi expliquer certains autres aspects de l'affaire *Ethyl Corporation* pour mieux la comprendre. Ainsi, la société par actions a souligné dans sa réclamation le fait que le Canada n'avait pas banni complètement le MMT, mais simplement interdit son importation et son transport d'une province[84]. Ceci pouvait donner l'impression que la mesure était protectionniste et non environnementale.

Toutefois, ce n'était pas le cas; il s'agissait plutôt en réalité d'un choix législatif stratégique parce que le gouvernement savait depuis le début qu'Ethyl Corporation avait l'intention de contester sa loi[85]. En rédigeant sa

---

82 Schneiderman, *supra* note 14 à la p 133.

83 Dufour, « Le cas », *supra* note 3 et Dufour, « Le chapitre 11 », *supra* note 14 présentent la controverse relative au chapitre 11 de l'ALÉNA à cet égard et les autorités pertinentes à cet égard, tout en analysant les affaires impliquant le Canada; voir aussi Dufour et Trudeau, *supra* note 52, pour une discussion du chapitre 11 de l'ALÉNA abordant la question de son impact sur le droit environnemental canadien.

84 Voir notamment *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Claim, *supra* note 18 aux para 7, 13, 35, 45.

85 La chronologie des faits de l'affaire, reproduite dans le Preliminary Tribunal Award on Jurisdiction, *supra* note 32, le Statement of Claim et le Statement of Defence, *supra* note 18, démontre en effet que tôt dans le processus, avant même que le projet de loi n'ait été rédigé, le gouvernement a été avisé que son intention de bannir le MMT ferait perdre des millions de dollars à Ethyl Corporation; de plus, alors que le projet de loi en

était encore à l'étape d'être débattu devant le Parlement en 3e lecture, la multinationale a déposé un avis formel de son intention d'intenter une poursuite en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, ce qui ne pouvait manquer d'exercer une pression sur le processus démocratique. Voir le Preliminary Tribunal Award on Jurisdiction, *supra* note 32 à la p 9.

Par ailleurs, cette chronologie des faits nous permet aussi de constater que la bataille politique et juridique n'a pas eu lieu uniquement entre le Canada et la multinationale. On voit clairement dans cette affaire que « le Canada » n'est pas un bloc gouvernemental monolithique. Il y a des parties à l'intérieur de ce bloc, les ministères, qui ont chacun leur mission, leur point de vue, et qui n'hésitent pas à le faire valoir les uns contre les autres. La bataille politique s'est d'abord jouée entre les ministères, y compris sur la place publique, avant de se transporter au Parlement puis devant un tribunal d'arbitrage institué en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Le Ministère de l'environnement militait en faveur d'une loi qui était *prima facie* environnementale puisqu'elle visait à bannir une substance polluante, ce qui correspondait à sa mission (dans la rubrique « À propos d'Environnement Canada », la mission du ministère est identifiée comme « s'assurer que les Canadiens profitent d'un environnement sain, propre et durable aujourd'hui, demain et loin dans l'avenir », voir Gouvernement du Canada, *À propos d'Environnement Canada,* 2012, en ligne : Environnement Canada <http://www.ec.gc.ca/default.asp?lang=Fr&n=BD3CE17D-1>); par contraste, Industrie Canada militait plutôt en faveur de la protection des intérêts économiques de l'investisseur étranger, ce qui coïncidait avec la raison d'être de ce ministère (voir le site web d'Industrie Canada, « À propos de nous », où on retrouve l'énoncé de sa mission : « favoriser l'essor d'une économie canadienne concurrentielle » et pour y arriver, « instaurer un climat favorable à l'investissement »; « privilégier le marché : Industrie Canada favorise la compétitivité en élaborant et en administrant des politiques-cadres économiques propices à la concurrence, à l'innovation, à l'investissement et à l'entrepreneuriat et qui suscitent la confiance des consommateurs, des investisseurs et des entreprises », voir Gouvernement du Canada, Notre organisation, 2012, en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/h_00007.html>) et Gouvernement du Canada, Mandat, 2012, en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/icgc.nsf/fra/h_00018.html>). La formulation de la mission peut varier au fil du temps, mais elle demeure fondamentalement axée sur l'économie plutôt que sur l'environnement, au contraire de celle du Ministère de l'environnement, ce qui est normal.

Pour remplir cette mission, Industrie Canada n'a pas hésité à exercer des pressions sur le Ministère de l'environnement en faveur de l'investisseur étranger, d'abord en envoyant une lettre à la Ministre de l'environnement l'avertissant qu'Ethyl Corporation allait perdre des millions de dollars, et plus tard en lui faisant parvenir une autre lettre qui déclarait en toutes lettres qu'interdire l'importation de MMT enfreindrait le chapitre 11 de l'ALÉNA.

Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'une telle correspondance d'un de ses propres ministères n'aurait pas aidé le Canada si l'affaire avait été jugée au mérite, même s'il faut espérer que le tribunal d'arbitrage aurait su faire la part des choses et tenir compte du fait que le ministère agissait essentiellement en conformité avec sa mission très spécifique de promouvoir l'investissement, et non nécessairement dans l'intérêt plus largement défini du Canada, qui comprend évidemment d'autres considérations que celle de promouvoir les investissements (incluant notamment des considérations environnementales, sociales et politiques).

loi de la sorte, il espérait être en mesure de plaider que la loi tombait plutôt sous le coup du chapitre 3 de l'ALÉNA sur le commerce des produits que sous celui du chapitre 11[86].

Si le tribunal d'arbitrage avait accepté ce point de vue, cela aurait empêché Ethyl Corporation d'exercer un recours contre le Canada en vertu de l'ALÉNA. En effet, le chapitre 3, contrairement au chapitre 11, ne donne pas aux entreprises le droit d'intenter elles-mêmes directement une poursuite contre l'État[87]. Il faut plutôt alors que leur propre État accepte de prendre fait et cause pour elles et de poursuivre en vertu du chapitre 20[88]. Les États-Unis auraient été bien mal placés pour le faire puisqu'ils avaient eux-mêmes des lois en vigueur interdisant l'usage du MMT dans l'essence dans un tiers du marché de l'essence américain. Le Tribunal a toutefois refusé de conclure que le chapitre 3 s'appliquait à l'exclusion du chapitre 11 et de décliner juridiction sur cette base[89]. C'est suite à cette décision que le Canada a choisi de conclure son règlement hors cour avec Ethyl Corporation, ce qui lui permettait de limiter les dégâts au niveau du montant payable à la multinationale à titre de dommages-intérêts (19 millions de dollars au lieu des 251 millions de dollars réclamés), même si cela entraînait le retrait des dispositions législatives contestées.

Le choix stratégique du Canada résultait, d'une certaine manière, des contraintes qui lui étaient imposées par l'ALÉNA. Il n'est évidemment pas souhaitable qu'un État se retrouve pris dans un tel carcan quand il essaie de trouver une façon d'adopter des mesures pour protéger l'environnement et la santé publique de sa population.

4) La question de l'impact de l'Accord du commerce intérieur

Il faut aussi savoir que le Canada a été influencé par un autre facteur à conclure son règlement hors-Cour. Trois provinces ont, à l'époque, décidé de prendre le parti des raffineries de pétrole qui faisaient affaire avec Ethyl Corporation et d'attaquer la loi séparément en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur[90]. Dans une décision rendue le 12 juin 1998, la majorité

---

86 *Ethyl Corporation c Canada*, Statement of Defence, *supra* note 18 aux para. 22(e) et (f); *Ethyl Corporation v Canada*, Preliminary Tribunal Award on Jurisdiction, *supra* note 32 au para 62.

87 *Ethyl Corporation v Canada*, Preliminary Tribunal Award on Jurisdiction, *ibid*.

88 *Ibid.*

89 *Ibid* aux para 62-64.

90 Il s'agissait de l'Alberta, appuyée par le Québec, la Nouvelle-Écosse et la Saskatchewan. Voir Accord sur le commerce intérieur, *Rapport du groupe spécial constitué en vertu de l'article 1704 concernant le différend entre l'Alberta et le Canada relativement à la Loi sur les additifs à base de manganèse*, no. de dossier 97/98 – 15 – MMT- P058F, Winnipeg, 12 juin 1998 à la p 1.

du panel a conclu que la loi enfreignait certains articles de l'Accord, tout en reconnaissant que son objectif était par ailleurs tout à fait légitime.

Il est intéressant de constater que le jugement dissident aurait toutefois rejeté la poursuite car il considérait que l'objectif étant légitime, l'État ne devrait pas être tenu à un standard de perfection sur la manière de procéder; il indique que le Canada « a pris les mesures qu'il a jugé nécessaires pour protéger la qualité de l'air et améliorer l'environnement. L'Accord sur le commerce intérieur n'a pas pour objet de diminuer la capacité des gouvernements responsables d'améliorer l'environnement des Canadiens, à la condition que ces mesures répondent aux conditions établies dans l'Accord. »[91].

La validité des mesures adoptées par le Canada au sujet du MMT a été remise en question pour une question de divergence d'opinion entre quelques arbitres sur la manière d'atteindre un objectif que tous reconnaissaient comme légitime. Mais étaient-ils vraiment mieux placés que le gouvernement pour déterminer la meilleure façon de protéger l'environnement et la santé des Canadiens (et du reste du monde, puisque la pollution atmosphérique ne connaît pas de frontière)?

L'Accord, contrairement au chapitre 11 de l'ALÉNA, n'octroie pas de recours directs aux entreprises étrangères contre l'État. Toutefois, il peut lui aussi avoir pour effet de faire primer les considérations relatives à la liberté de commerce et à des intérêts économiques sur les considérations de protection de l'environnement, de la santé publique et de l'intérêt public, comme on le constate dans le cadre de la décision relative au MMT (comme c'est le cas de certains accords conclus sous l'égide de l'Organisation Mondiale du Commerce). Son impact gagnerait donc à être davantage examiné et évalué à cet égard.

4. Conclusion

L'affaire *Ethyl Corporation* doit être remise dans son contexte et évaluée en tenant compte à la fois des leçons du passé (l'affaire de l'utilisation du plomb dans l'essence, impliquant la même société par actions aux États-Unis à compter des années 20s), et de l'évolution subséquente de la situation tel que révélée par les travaux de recherche du professeur Zayed et de son équipe sur l'utilisation du MMT dans l'essence. Elle se révèle alors être un cas typique de problématique relative à l'environnement et à la santé publique, qui est rendue difficilement identifiable et protégeable par le paradigme économique dominant qui s'incarne dans les accords économiques internationaux.

---

91 *Ibid* aux pp 14-15.

La difficulté à laquelle nous sommes confrontés actuellement avec les accords économiques internationaux, et plus particulièrement par ceux qui comme le chapitre 11 de l'ALÉNA, concernent la protection des investissements étrangers, c'est qu'ils sont conclus avec un objectif principal, celui de protéger les intérêts économiques des investisseurs étrangers. Ceci a pour résultat qu'ils sont biaisés en faveur de cet objectif et de ces investisseurs au détriment de d'autres objectifs et considérations, qui sont pourtant tout aussi valables et importants sinon plus, tel la protection de l'environnement et de la santé publique. Ceci ne résulte pas nécessairement de la mauvaise foi de leurs rédacteurs, mais plutôt du fait que leur préoccupation centrale est la protection des investissements étrangers, et non la protection de l'environnement et de la santé publique. Ce focus n'est pas sans conséquence.

L'environnement et la santé publique dans ces accords font figure de parents pauvres, dont il faut se méfier, car lorsque l'État les invoque, c'est susceptible de cacher autre chose : on se demande immédiatement si ce n'est pas pour des motifs inavouables (protectionnisme ou autre) et si on n'est pas en train d'empiéter indûment sur les droits des investisseurs étrangers[92].

Le langage utilisé dans ces accords ne vise pas à protéger la santé publique et l'environnement. Il vise à protéger les investisseurs étrangers de l'État qui pourrait, pour des raisons protectionnistes, invoquer la protection de l'environnement et de la santé publique[93].

Ce n'est pas la même chose, et c'est une manière d'aborder la réalité qui a des implications et des répercussions indésirables du point de vue de la protection de l'environnement et de la santé publique. Ceux-ci ne sont pas valorisés et abordés sur leur propre terrain et à partir d'un cadre conceptuel et mécanique qui favorise leur prise en compte. Ils sont envisagés de manière défensive, comme des exceptions, qu'il faut circonscrire et restreindre le plus possible[94]. C'est peut-être idéal pour ce qui est de la protection des investissements étrangers, mais force est de reconnaître que c'est très loin de l'être du point de vue de la protection de l'environnement et de la santé publique.

De plus, même lorsque, comme le chapitre 11 de l'ALÉNA, les accords concernés n'attribuent pas expressément un rôle d'arbitre à la

---

92 Voir *supra* notes 13, 30, 31 et 85 et texte correspondant. Voir aussi Schneiderman, *supra* note 14 à la p 134. Voir finalement les dernières lignes de l'ALÉNA, *supra* note 2, art. 1106.

93 *Ibid.*

94 Voir par ex. *supra* note 30.

science dans leurs dispositions, les tribunaux qui tentent de déterminer si une mesure est justifiable ont tendance à se référer à la preuve scientifique disponible plutôt qu'à octroyer la marge de manoeuvre nécessaire à l'État pour agir avec prudence y compris en cas d'incertitude scientifique[95]. Pourtant, comme le révèlent la saga du plomb et celle du MMT (ainsi que bien d'autres histoires de cas[96]), ce n'est pas une approche adéquate d'un point de vue de politique publique pour des questions relatives à la protection de la santé humaine et de l'environnement. Il est plutôt essentiel que l'État puisse agir avec prudence et de manière préventive à cet égard, y compris (et particulièrement) quand les risques ne sont pas encore bien documentés et compris du point de vue scientifique.

Tel que déjà souligné, les affaires environnementales subséquentes décidées ou réglées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, notamment *Methanex*, *Chemtura* et *Dow Chemicals*, ne règlent pas ce problème. De plus, en ce qui a trait à l'affaire *Methanex*, il faut souligner qu'il est assez troublant de constater que depuis l'entrée en vigueur du chapitre 11 de l'ALÉNA, toutes les poursuites intentées par des entreprises canadiennes contre les États-Unis se sont soldées par un échec. Par contraste, le Canada a été condamné à plusieurs reprises en faveur de multinationales américaines[97]. Or, il n'est pas évident à la lecture des affaires concernées que les poursuites intentées par des entreprises canadiennes contre les États-Unis étaient toujours moins méritoires que celles intentées par des entreprises américaines contre le Canada. Le succès des États-Unis à se défendre contre certains types de poursuites ne devrait donc pas nous faire présumer que le résultat serait nécessairement semblable dans une affaire canadienne (d'autant plus que la composition des tribunaux d'arbitrage change sans cesse et qu'il n'y a pas de règle de *stare decisis* applicable dans les litiges intentés en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA).

Le type de problèmes soulevé par l'affaire *Ethyl Corporation* au niveau de la protection de l'environnement et de la santé publique, tel que mis en lumière par les travaux récents du professeur Zayed, est donc loin d'être réglé. L'affaire *Ethyl Corporation* devrait donc être considérée comme un avertissement et nous inciter à revoir la manière dont sont négociés les accords économiques internationaux, les dispositions qu'ils incluent ainsi que leur interprétation et leur application, de manière à restituer à l'État toute la marge de manoeuvre dont il a besoin afin de pouvoir prendre des mesures préventives en matière de santé publique et de protection de l'environnement.

---

95 Voir *supra* notes 38 à 40 et texte correspondant.

96 Voir notamment Boyd, *supra* note 79 aux pp 234 et s.

97 Voir Dufour, « Le cas », *supra* note 3.

L'État, en effet, ne sera pas en mesure de vraiment s'orienter vers une économie plus verte et un monde plus sain, d'un point de vue environnemental et de santé publique, s'il ne dispose pas de la marge de manoeuvre nécessaire à cet égard.

La solution consiste-t-elle à faire de la place à une articulation quelconque du principe de précaution dans le chapitre 11 de l'ALÉNA et les autres accords du même type? Ou devrait-on plutôt envisager une autre solution, comme par exemple de revenir à la situation qui prévalait avant l'adoption de ce chapitre, alors qu'il existait des accords de libre-échange (incluant l'ALÉ, le prédécesseur de l'ALÉNA) qui n'octroyaient pas de recours directs aux investisseurs étrangers[98]?

L'Accord de libre-échange intervenu entre l'Australie et les États-Unis en 2005, onze ans après l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, constitue un cas pratique intéressant à cet égard. Il n'octroie aucun recours direct aux investisseurs étrangers contre les États, ce qui confirme que cette manière de procéder n'est pas la seule envisageable[99].

Tel qu'indiqué dans les explications fournies sur le site web du gouvernement australien : « *In recognition of the Parties' open economic environments and shared legal traditions, and the confidence of investors in the fairness and integrity of their respective legal systems, the Investment Chapter does not establish an investor-state dispute settlement mechanism*. Article 11.16 provides that the Parties may consider establishing such a procedure to hear a claim by an investor, if there is a change in these circumstances regarding the Parties' economic and legal environments. » [nos italiques][100].

Le système juridique canadien n'a rien à envier à celui des États-Unis et de l'Australie. Comme je l'ai déjà expliqué en détails ailleurs, il est loin d'être évident qu'il soit justifié, pour un État développé comme le Canada, dont le système juridique est bien établi et fondé sur la primauté du droit, d'inclure des dispositions comme celles du chapitre 11 de l'ALÉNA dans ses accords économiques internationaux[101].

---

98 Voir Dufour, « Le cas », *supra* note 3 et Dufour, « Le chapitre 11 », *supra* note 14.

99 Department of Foreign Affairs and Trade, « Australia and United States Free Trade Agreement: Guide to the Agreement », en ligne: Australian Government <http://www.dfat.gov.au/fta/ausfta/guide/11.html>.

100 *Ibid*.

101 Voir Dufour, « Le cas », *supra* note 3.

Comme l'ALÉ et l'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis le démontrent, ce n'est pas indispensable au libre-échange. Remettre en question la pertinence de ce type de dispositions n'équivaut pas à remettre en question le libre-échange, mais plutôt la façon dont on choisit de structurer le libre-échange.

De plus, alors que les inconvénients découlant de ce type de dispositions pour l'État sont de plus en plus évidents (notamment en ce qui a trait à la capacité de l'État de prendre des décisions dans l'intérêt public), les avantages, eux, ont toujours été tenus pour acquis et non démontrés[102]. Or, quand on prend la peine de les compiler et de les examiner, on s'aperçoit que les données empiriques disponibles ne tendent pas nécessairement à confirmer les avantages tenus pour acquis[103].

Par contre, le cas d'*Ethyl Corporation* et le retrait des dispositions législatives pertinentes dans la saga du MMT sont, eux, tout à fait réels. Et comme les travaux du professeur Zayed et de ses collaborateurs le révèlent, il s'agissait bel et bien d'une affaire soulevant des questions de protection de l'environnement et de santé publique – contrairement à ce qu'ont prétendu plusieurs commentateurs.

À mon avis, il est important pour les négociateurs des accords économiques internationaux ainsi que pour ceux qui sont appelés à les appliquer de prendre connaissance des travaux du professeur Zayed et de ses collaborateurs et de réfléchir à leurs implications en ce qui a trait à la question de la préservation de la marge de manoeuvre de l'État pour agir dans l'intérêt public.

Saurons-nous tirer les leçons qui s'imposent de cette affaire et prendre les mesures nécessaires pour restituer à l'État la marge de manoeuvre dont il a besoin pour agir au niveau de la protection de l'environnement, de la santé publique et autres?

Personnellement, je fais le pari que oui.

---

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*