

Tout indique que nous devons nous méfier

Principales conclusions de l'analyse rédigée par Steven Shrybman sur l'avis juridique intitulé « Une orientation pour les municipalités » et préparé pour le Conseil canadien des sociétés publiques-privées

De l'avis de Steven Shrybman, expert renommé en matière de commerce, « 'l'orientation' du C2P3 [Conseil canadien des sociétés publiques-privées] est souvent inexacte et parfois complètement fautive sur certains points clés. En outre, la façon dont 'l'orientation' est présentée est souvent trompeuse, même lorsque les faits sont exacts ».

Dans son analyse, M. Shrybman cite d'importantes décisions récentes qui réfutent carrément une bonne partie des opinions présentées dans l'avis du C2P3.

Même un contrat correctement rédigé ne peut pas empêcher l'application de l'ALÉNA en matière d'expropriation

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), l'autorité en matière de règlement des différends concernant les investissements internationaux, a rendu dernièrement une décision sur un différend entre une province d'Argentine et une filiale de la multinationale des eaux Vivendi. Le CIRDI affirme clairement qu'il est impossible, par contrat ou autrement, d'interdire à un investisseur étranger d'avoir accès aux procédures de règlement des différends prévu dans l'ALÉNA.

Ainsi, dans un différend qui a éclaté parce qu'un gouvernement municipal avait annulé un contrat 3P pour inexécution de la part du partenaire privé, un investisseur étranger a pu exiger le versement de dommages parce que son investissement avait été exproprié.

De même, si la rentabilité d'un contrat diminuait à cause de l'imposition de règlements en matière d'environnement ou de santé publique, l'investisseur aurait le droit d'exiger réparation en vertu de l'ALÉNA.

La société étrangère a le droit de choisir l'instance où le différend sera entendu. Une municipalité n'a pas ce droit.

Les municipalités ne peuvent pas être nommées en tant que parties dans une contestation commerciale ou des poursuites engagées par un investisseur étranger, mais elles en subissent les conséquences

En vertu de l'ALÉNA, le gouvernement fédéral est tenu d'exercer son autorité – y compris son pouvoir de dépenser – pour assurer la conformité des gouvernements provinciaux et municipaux aux dispositions de l'entente.

Même si les municipalités ne peuvent pas être nommées en tant que parties dans une contestation, elles ressentiront certainement les effets d'une décision défavorable. Elles ne pourront pas se défendre directement et devront plutôt compter sur le gouvernement fédéral.

L'exemption relative aux « marchés publics » ne s'applique pas aux contrats 3P

Même si un contrat 3P qui fournit des services à la population pouvait être considéré comme un marché public, ce qui est très improbable, il ne serait pas exclu des disciplines d'investissement de l'ALÉNA.

Les inquiétudes suscitées par les risques de poursuites des investisseurs et de contestations commerciales sont bien fondées

Plusieurs précédents clairs montrent que les jugements en matière de contestations commerciales peuvent limiter le pouvoir décisionnel des municipalités. Le plus radical de ces jugements est celui de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans la cause Metalclad, impliquant une municipalité mexicaine et une société américaine. Dans cette cause, le mot « expropriation » est interprété si largement qu'il inclut « l'ingérence dans l'utilisation d'une propriété » qui en diminue la rentabilité. Cette définition pourrait même inclure un « rezonage légitime décidé par une municipalité ».

Pour de plus amples détails, voir l'analyse ci-jointe ou visitez scfp.ca.

Décembre 2003