Dégradation d'un mécanisme innovateur : le Canada et l'Accord Nord-Américain de Coopération dans le Domaine de l'Environnement (ANACDE)

*The deterioration of an innovative mechanism: Canada and the North American
Agreement on Environmental Cooperation (NAAEC)*

Denis Lemieux et Raphaëlle Groulx-Julien

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/eccs/362>

DOI : 10.4000/eccs.362

ISSN : 2429-4667

Éditeur

Association française des études canadiennes (AFEC)

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2012

Pagination : 57-76

ISSN : 0153-1700

Référence électronique

Denis Lemieux et Raphaëlle Groulx-Julien, « Dégradation d'un mécanisme innovateur : le Canada et l'Accord Nord-Américain de Coopération dans le Domaine de l'Environnement (ANACDE) », *Études canadiennes / Canadian Studies* [En ligne], 72 | 2012, mis en ligne le 01 juin 2014, consulté le 21 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/eccs/362> ; DOI : 10.4000/eccs.362

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR : LE CANADA ET L'ACCORD NORD-AMÉRICAIN DE COOPÉRATION DANS LE DOMAINE DE L'ENVIRONNEMENT

Denis LEMIEUX**
et Raphaëlle GROULX-JULIEN*
Université Laval

Le libre-échange, auquel participe le Canada avec plusieurs États, apporte son lot de questions, notamment par rapport aux normes environnementales internes des États. Afin d'apaiser les craintes des groupes environnementalistes, les États-Unis, le Canada et le Mexique, en adoptant l'Accord de libre-échange nord-américain, ont négocié un accord parallèle sans précédent, l'Accord Nord-Américain de Coopération dans le Domaine de l'Environnement (ANACDE). Cet accord prévoit des mécanismes avant-gardistes de coopération et de participation du public, qui, à l'époque de l'adoption de l'ANACDE, ont été salués par les environnementalistes. Pourtant, vingt ans plus tard, l'accord semble pris en otage par son organe dirigeant, et est devenu l'objet de nombreuses critiques. Cette communication fait le point sur les hauts et les bas d'un accord unique de coopération environnementale.

Free trade agreements, to which Canada takes part with several States, raise questions, notably in regard of the States' internal environmental norms. Aiming at addressing public concerns, United States, Canada and Mexico, when entering into the North American Free Trade Agreement, negotiated an unprecedented side agreement, the North American Agreement on Environmental Cooperation (NAAEC). This agreement provides for vanguard cooperation and participation mechanisms, which, at the time of NAAEC's adoption, were welcomed by environmentalists. Twenty years later however, the agreement seems to be held hostage by its governing council, and it has become the object of criticism. This communication sheds light on the ups and downs of a unique cooperation environmental agreement.

On peut envisager les frontières du Canada sous plusieurs angles. Dans le domaine environnemental, il est fondamental de considérer la nature transnationale des problèmes. Pour évaluer l'attitude du Canada par rapport à l'environnement, l'étude de son comportement à l'interne n'est donc pas suffisante, il importe de voir de quelle manière le pays traite de ces enjeux au-delà de ses frontières.

L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE), présente un sujet d'étude intéressant, car son

---

** Professeur titulaire à l'Université Laval, avocat-conseil chez Tremblay Bois Mignault Lemay.

* Étudiante en maîtrise en droit de l'environnement, Université Laval et Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

fonctionnement est avant-gardiste. L'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA), conclu entre le Mexique, les États-Unis et le Canada, est souvent décrit comme l'accord de libre-échange le plus vert (ALM et BURKHART 2006 : 3), grâce à l'adoption de l'ANACDE en parallèle. Cet accord intègre des mécanismes nouveaux de surveillance de l'application par les États de leur législation environnementale. Plus que la plupart des traités environnementaux et des accords de libre-échange généralement conclus, il permet la participation des citoyens au contrôle de l'application de la législation environnementale. Si l'expérience a démontré qu'il comporte des lacunes, il peut contribuer largement à la protection de l'environnement en Amérique du Nord. Il a d'ailleurs été repris par les États-Unis dans d'autres accords de libre-échange¹. En ce qui concerne le Canada, bien qu'il ait continué à conclure des accords parallèles dans le domaine de l'environnement, il ne semble pas avoir réitéré la formule des communications², qui constitue l'un des principaux attraits de l'ANACDE.

En entreprenant cette recherche, nous pensions donc explorer une initiative internationale ayant fait ses preuves. Force est de constater que la réalité est plus nuancée. Non pas que l'accord soit foncièrement inefficace, mais la façon dont il est construit permet une manipulation politique, qui a effectivement eu lieu au cours des dernières années. Les résultats obtenus sont donc mitigés, mais rendent la recherche d'autant plus pertinente.

Le processus des communications de citoyens, faites en vertu des articles 14 et 15 de l'ANACDE, est l'innovation la plus importante du traité, et sera au centre de notre travail. Nous allons également étudier l'ensemble des structures de l'accord, espérant ainsi tracer un portrait actualisé d'un système au potentiel évident, surtout à l'heure de l'intégration économique.

Matières préliminaires

Lorsque les négociations de l'accord de libre-échange Canada-États-Unis s'ouvrent au Mexique pour créer plutôt l'Accord de libre-échange nord-américain, les groupes environnementaux manifestent de vives inquiétudes quant à l'impact du libre-échange sur l'environnement. Ils craignent que les

---

¹ Voir par exemple le chapitre 18 du *United States - Peru Trade Promotion Agreement*.

² Voir par exemple *L'accord sur l'environnement entre le Canada et la République de Colombie*. Le processus est également intégré dans l'Accord Canada-Chili, mais GARVER (2008 : 38) souligne que c'est avec moins de transparence et d'indépendance, et qu'entre 2002 et 2008, aucune communication n'a été faite.

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

États n'aient plus autant de flexibilité dans l'adoption d'une législation environnementale ferme, pouvant être considérée comme un obstacle au commerce.

Origine de l'ANACDE

Pour favoriser les investissements étrangers, les États auraient tendance à relaxer leurs normes environnementales, qui représentent un coût pour les entreprises (MARKELL et KNOX 2003 : 5 ; KIRTON 1997 : 8). La protection des conditions de travail induit les mêmes inquiétudes. Les organisations non gouvernementales (ONG) environnementales étatsuniennes étant capables d'exercer de puissants lobbys (ALM et BURKHART 2006 : 10), l'ALÉNA se met à chanceler. Afin de ne pas voir l'accord avorter par un rejet interne aux États-Unis, mais craignant de rouvrir les négociations, les trois États adoptent deux accords parallèles, l'un sur le travail, et l'autre sur l'environnement. Même si le Mexique a davantage de raisons de se considérer la cible de ces accords, le Canada fait preuve de réticence à leur adoption (KELLY 1996-1997 : 74), particulièrement en ce qui concerne les sanctions économiques rendues possibles par l'ANACDE. Dépendant de ses exportations vers les États-Unis, il craint que cela n'affecte les avantages qu'il tire du libre-échange (KIRTON 1997 : 9).

L'adoption de l'ANACDE représente une victoire pour les groupes environnementalistes, qui y voient la possibilité de maintenir les gains économiques envisagés par l'ALÉNA, tout en améliorant la performance environnementale des États Parties (KIRTON 1997 : 13). Tous leurs souhaits ne sont pas exaucés, mais sous plusieurs aspects l'accord est innovateur. Markell et Knox (2003 : 13) soulignent qu'il ne s'agit pas d'une parade pour sauver les apparences, mais d'un accord réel, du seul accord environnemental régional en dehors de l'Union européenne qui traite avec autant d'attention l'intégration économique, et qui donne de véritables opportunités de participation du public.

Principes prônés par l'ALÉNA et l'ANACDE en environnement

Le préambule de l'ALÉNA énonce les principes suivants :

- de s'acquitter de tout ce qui précède d'une manière compatible avec la protection et la conservation de l'environnement, [...]
- de promouvoir le développement durable, [...]
- de renforcer l'élaboration et l'application des lois et règlements en matière d'environnement, [...].

L'article 104 indique que certains accords environnementaux³ prévalent sur l'ALÉNA en cas de conflit, et que les Parties doivent choisir « parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions » de l'ALÉNA. L'article 712 permet aux États d'adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour protéger la population, les animaux ou les végétaux.

L'article 1114 indique clairement que le chapitre *Investissements* ne peut être interprété comme empêchant une Partie d'adopter une législation environnementale :

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 [...]

Les autres dispositions à portée environnementale du régime de l'ALÉNA sont celles de l'ANACDE. Les objectifs de cet accord sont notamment :

- éviter de fausser le jeu des échanges ou d'opposer de nouveaux obstacles au commerce,
- favoriser l'observation et l'application des lois et réglementations environnementales,
- encourager la transparence et la participation du public quant à l'élaboration des lois, réglementations et politiques environnementales.

L'alinéa 1 de l'article 2 énumère des obligations générales, telles que faire des études d'impacts, ou favoriser la recherche dans le domaine de

---

³ C'est-à-dire la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux, et *l'Agreement between the United States of America and the United Mexican States for the Protection and Improvement of the Environment in the Border Area*.

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

l'environnement. L'alinéa 3 du même article précise que les Parties doivent « envisager d'interdire » l'exportation vers d'autres Parties des substances interdites chez elles. Ces obligations sont suffisamment larges et peu contraignantes pour être considérées comme du *droit mou*, choix qui s'explique par le soin que prend L'ANACDE à ne pas empiéter sur la souveraineté des États.

L'obligation de produire des rapports, mentionnée à l'article 2 par.1 a), serait l'exception la plus marquée. On note quelques autres obligations contraignantes, mais dont l'application par les États est difficile à mesurer : l'article 4 impose la transparence législative ; les articles 6 et 7 indiquent que les États doivent assurer à leurs citoyens des moyens de contrôler la protection de l'environnement sur leur territoire, par demande d'enquête ou par voie judiciaire. Enfin, les articles 20 et 21 énoncent des obligations de coopération et d'information pour les Parties.

La structure de la CCE

La CCE est constituée de trois organes : le Conseil, le Secrétariat, et le Comité consultatif public mixte (CCPM).

Le Conseil rassemble les ministres de l'environnement des Parties. C'est cet organe qui dirige la CCE, et qui est habilité à faire des recommandations aux Parties afin d'améliorer la protection de l'environnement en Amérique du Nord. Il joue également un rôle fondamental dans le processus des communications de citoyens, car c'est lui qui autorise la constitution d'un dossier factuel.

Le Secrétariat est le principal organe actif de la CCE. Il a pour rôle d'assurer la coordination des tâches, de préparer les rapports ; c'est aussi lui qui analyse les communications de citoyens, et décide de recommander ou non au Conseil la constitution d'un dossier factuel. Le Secrétariat est dirigé par un directeur exécutif nommé par les Parties pour 3 ans ; les directeurs doivent venir successivement de chacune des Parties. C'est le directeur qui se charge d'engager les autres employés du Secrétariat. Cet organe agit toujours de façon très indépendante. Par le passé, le Secrétariat a été reconnu par les observateurs comme parfaitement professionnel et efficace dans l'exécution de ses fonctions, notamment dans l'analyse des communications (WOLD et AL. 2003-2004 : 421).

Le Secrétariat s'avère être un très grand support pour les causes qu'il considère valables⁴.

Il existe enfin un Comité consultatif public mixte, chargé de faire le lien entre le public et le Conseil. Il est constitué de quinze bénévoles, cinq par Partie, qui peuvent offrir au Conseil « des avis sur toute question relevant du présent accord ». Il ressort du rapport décennal produit en 2004 que le travail du CCPM est parfois marginalisé par le Conseil (Comité d'examen décennal 2003 : 36). Le CCPM a en effet comme fonction d'émettre des opinions et des recommandations, qui ne sont pas toujours au diapason avec les intérêts de l'un ou même des trois États. Cela dit, l'institution permet à tout le moins de faire un relais avec le public, puisqu'il a un contact plus direct avec le Conseil.

La structure de l'ANACDE est l'un des éléments ayant toujours été reconnu comme avant-gardiste en droit international (WOLD 2008-2009 : 421), car elle donne une certaine indépendance au Secrétariat et à un organe représentant les citoyens directement. Le CCPM a un mandat très large et un fort degré d'autonomie, d'autant qu'il peut convoquer une réunion sans l'approbation du Conseil (KNOX 2004 : 369-370). Les communications, sur lesquelles nous reviendrons largement dans la sous-section suivante, sont également une grande originalité structurelle, parce qu'elles sont traitées par le Secrétariat de manière indépendante par rapport aux parties (KNOX 2004 : 369). Le Conseil est en outre obligé de tenir une réunion publique lors de toutes ses sessions ordinaires (KNOX 2004 : 370), afin de permettre la participation du public.

Les auteurs sont généralement d'accord pour identifier la participation du public et l'acceptation des États de faire évaluer leur mise en œuvre de leur législation environnementale comme les deux grandes innovations de l'ANACDE (ALM et BURKHART 2006 : 3). L'importance donnée à la participation publique est une nouveauté pour les accords internationaux, qui ne prennent généralement que les États en considération. La possibilité pour les individus de protester contre la mauvaise application par les États de leur législation nationale est donc un changement radical avec le système international tel que nous le connaissons. Cette rupture avec la tradition selon

---

⁴ Selon WOLD, (2008-2009 : 239), il faut voir également que l'une des raisons pour lesquelles le Secrétariat s'est développé de manière aussi indépendante est que le Conseil n'était pas très structuré dans les premières années, et que c'est le Secrétariat qui a pris les devants.

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

laquelle, seuls les États ont voix au chapitre sur le plan international font conclure à des auteurs que l'ANACDE est post-westphalien (ALM et BURKHART 2006 : 3)⁵. Cette évolution paraît logique, vu les implications transnationales des problèmes environnementaux. Il est irréaliste aujourd'hui, surtout après la Conférence de Rio en 1992 et l'avènement du développement durable, qui reconnaît les interrelations de la biosphère, de faire comme si les décisions touchant l'environnement prises dans un État n'ont pas de conséquences pour les autres (MARKELL et KNOX 2003 : 10). Comme nous allons le voir, en pratique les États demeurent réticents à limiter leur souveraineté en autorisant une entité internationale à remettre en questions leurs politiques internes, et ce même les Parties à l'ANACDE, qui ont pourtant un long historique de coopération bilatérale dans le domaine de l'environnement (MARKELL et KNOX 2003 : 10).

La CCE en action

Les communications de citoyens

Cadre législatif et intérêt du processus

Une autre leçon importante [à tirer de l'expérience de l'ANACDE] est que la participation du public peut être plus importante pour le succès d'une institution internationale que la possibilité théorique pour les États d'exiger des sanctions en cas de non application. Dans les domaines du travail et de l'environnement, les gouvernements vont rarement, voire ne jamais porter plainte les uns contre les autres (KNOX 2004 : 386).
[traduction]

La soumission de communications de citoyens grâce aux articles 14 et 15 a rendu la CCE célèbre. Le processus consiste à permettre à des individus ou des ONG de signaler la non-application par l'une des Parties à l'ANACDE de sa législation environnementale. Les citoyens agissent donc en vigiles. On peut se demander si l'idée de départ n'était pas qu'en dénonçant les lacunes

---

⁵ On qualifie l'état actuel des relations internationales de westphalien parce qu'il découle de la signature du traité de Westphalie mettant fin à la Guerre de Trente Ans en 1648. La structure du monde, auparavant pyramidale avec au sommet le chef du Saint-Empire-Romain-Germanique et le Pape, devient horizontale : les États reconnaissent mutuellement leur souveraineté exclusive sur leur territoire et leur population, et sont les seuls sujets du droit international, tandis que les individus ne sont sujets que de leurs États.

législatives des autres États, les citoyens allaient favoriser le leur. Puisqu'en définitive, les citoyens sont beaucoup plus au courant de ce qui se passe chez eux, depuis la création de ce mécanisme, les citoyens et les ONG⁶ accusent généralement leur propre pays. Assez souvent, des organisations de plusieurs pays s'allient, ce qui permet de donner à la procédure un caractère davantage nord-américain.

Le sujet des plaintes est très variable. Il peut s'agir de problèmes ponctuels, tels que l'érection d'un pont, ou systémiques, tels que la gestion des forêts. Les plaintes contre le Mexique concernent généralement des problèmes législatifs profondément enracinés (GRAUBART 2001-2002 : 448), tandis que les communications visant les États-Unis et le Canada ont souvent pour objectifs de faire flotter le spectre d'une réprobation internationale au-dessus d'un processus législatif ou politique déjà en marche, souvent lorsque la polémique a trait à un relâchement de l'application d'une norme environnementale en faveur d'un développement économique (GRAUBART 2001-2002 : 448). Il n'existe pas beaucoup de restrictions quant à l'objet de la plainte, hormis le fait qu'il doit relever d'une application ou d'une non-application du droit interne des États, et pas du droit international (GRAUBART 2001-2002 : 451). L'article 45 de l'ANACDE, qui définit les termes des articles 14 et 15, permet en outre quelques moyens de défense ou exceptions.

La plainte prend la forme d'une communication soumise au Secrétariat. Si ce dernier considère la communication valide, il demande à l'État concerné une réponse, et dans le cas où la réponse ne justifie pas la conduite de l'État sur le plan légal, le Secrétariat recommande au Conseil la constitution d'un dossier factuel. Celui-ci a pour objet de rendre public des faits. Il ne se prononce pas sur le respect des lois : il juxtapose la soumission des citoyens à la réponse du gouvernement critiqué, aux règles de droit invoquées et aux faits que le Secrétariat aura rassemblés lors de la constitution du dossier. Par exemple, dans *Metales y Derivados*, le Secrétariat ne conclut pas que le Mexique a contrevenu à sa législation environnementale. Il explique la législation mexicaine et la situation dénoncée par l'auteur de la communication, et semble vouloir excuser les lacunes de l'État mexicain par son manque de main-d'œuvre, tout en soulignant qu'il lui a manqué un grand nombre d'informations sur ce qui a été fait par les autorités mexicaines (Secrétariat 2002 : 48). Le dossier factuel offre donc des faits au lecteur, qui est libre de tirer ses propres conclusions.

---

⁶ Il n'est arrivé que dans deux cas, *Methanex* et *Neste Canada*, (concernant la même affaire), que la communication ait des entreprises pour auteurs.

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

Il s'agit là de la seule forme de sanction offerte par ce processus, une menace à la réputation des États. Ce moyen n'est peut-être pas très impressionnant, mais les ONG ont appris à s'en servir de manière optimale, c'est-à-dire que les auteurs des plaintes savent que les résultats seront politiques et non légaux, et qu'à ce titre ils permettent d'ajouter de la pression (GRAUBART 2001-2002 : 448).

Les premiers dossiers factuels ont eu un succès mitigé, mais tout de même positif. Par exemple, dans le cas de *Cozumel*, le dossier factuel n'a pas empêché le Mexique de continuer le projet, mais il l'a poussé à s'engager à revoir sa procédure d'autorisation de projets (GRAUBART 2001-2002 : 438 ; WOLD 2008-2009 : 226; GARVER 2008 : 38). La même chose s'est produite dans *BC Hydro* (GRAUBART 2001-2002 : 443).

La relative efficacité du processus a poussé les États-Unis, dans leur adoption subséquente d'accords de libre-échange, à altérer le mécanisme, à l'éviter complètement, ou à ne pas corriger les lacunes que la pratique a révélées par rapport aux pouvoirs du Conseil (WOLD 2008-2009 : 237), et que nous verrons plus loin. D'ailleurs, l'indépendance du Secrétariat, dont nous avons déjà souligné l'importance, ne se trouve pas non plus dans les autres accords de libre-échange conclus par les États-Unis (WOLD 2008-2009 : 238).

Les problèmes du processus

Le premier inconvénient du processus, c'est qu'il est technique et long, et se termine au mieux par un dossier factuel, qui n'est pas matériellement une conséquence très grave. C'est probablement ce qui a désintéressé les ONG étatsuniennes, pourtant les premières utilisatrices du mécanisme. Cela procède d'une certaine logique d'efficacité : dans plusieurs lois étatsuniennes, les citoyens se voient conférer un droit d'agir comme procureurs privés contre l'État et d'autres parties privées. Ils peuvent alors obtenir des dommages-intérêts ou des injonctions. Le *Clean Air Act* comporte ce type de disposition :

7604. Citizen suits

(a) Authority to bring civil action ; jurisdiction except as provided in subsection (b) of this section, any person may commence a civil action on his own behalf.

(1) against any person (including (i) the United States, and (ii) any other governmental instrumentality or agency to the extent permitted by the Eleventh Amendment to the Constitution) who

is alleged to have violated (if there is evidence that the alleged violation has been repeated) or to be in violation of (A) an emission standard or limitation under this chapter or (B) an order issued by the Administrator or a State with respect to such a standard or limitation,

(2) against the Administrator where there is alleged a failure of the Administrator to perform any act or duty under this chapter which is not discretionary with the Administrator, or

(3) against any person who proposes to construct or constructs any new or modified major emitting facility without a permit required under part C of subchapter I of this chapter (relating to significant deterioration of air quality) or part D of subchapter I of this chapter (relating to non attainment) or who is alleged to have violated (if there is evidence that the alleged violation has been repeated) or to be in violation of any condition of such permit. [Nous soulignons]

Ces dispositions n'existent pas vraiment au Canada, ni au Mexique. En outre, l'une des raisons pour lesquelles le processus a tout de même été employé aux États-Unis était que cela permettait de critiquer une non-application générale, ce qui est plus difficile en cour. Or, comme nous le verrons plus loin, le Conseil tend à limiter ce type de communications (WOLD et AL. 2003-2004 : 436). En outre, le Conseil considère que le Secrétariat n'a pas à faire le suivi des dossiers factuels après leur constitution (Conseil 2002). L'absence de suivi rend évidemment le processus beaucoup moins efficace et attrayant (Comité consultatif public mixte 2008). De sorte que si l'on trouve des ONG étatsuniennes parmi les auteurs de récentes communications, celles-ci sont dirigées contre le Mexique et le Canada, et ces ONG sont là en renfort d'organisations locales. On peut craindre que cet état de fait n'améliore pas l'efficacité du processus : le Canada et le Mexique devenant les seuls États visés, ils auront davantage de raisons d'y résister (KNOX 2004 : 385).

Dans l'ensemble, les ONG environnementales sont devenues plutôt sceptiques à l'égard de l'efficacité du processus⁷. La plupart des problèmes que nous allons énumérer dans les prochains paragraphes sont liés au fait que le

---

⁷ Selon ALM et BURKHART (2006 : 18), à peine 13,3 % des ONG canadiennes et 7,7 % des ONG étatsuniennes considèrent que le processus des communications est efficace (pour une moyenne de 10,7 %).

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

Conseil, qui prend les décisions finales concernant le processus de communication, est constitué de représentants des gouvernements des Parties, dont au moins un est visé par la procédure. Il y a donc au minimum l'un des trois membres du Conseil qui a intérêt à nuire à la procédure, et deux qui n'ont pas nécessairement envie de se mettre la ou les Parties visées à dos.

L'attitude du Canada par rapport à l'ANACDE paraît avoir été plutôt négative dès le début. Il prône une interprétation très restrictive de ce qui peut faire l'objet de communications et de ce qui peut être inclus dans un dossier factuel (GARVER 2008 : 35). Le Mexique, qui est en fin de compte l'État « visé » par l'adoption des deux accords parallèles, s'est rangé du côté du Canada, et ensemble ils ont éventuellement cherché à adopter secrètement des amendements au processus. Le ministre étatsunien de l'époque, sous Clinton, les a convaincu de plutôt donner au CCPM le mandat de recommander des modifications au processus (Conseil 2000). Entretemps, l'administration Bush est arrivée au pouvoir. À compter de ce moment, les États-Unis ont participé à l'érosion du système des communications (GARVER 2008 : 36). Lorsque le CCPM a remis son rapport, le Conseil avait déjà réglé son problème en limitant le contenu des dossiers factuels lors des votes les approuvant (WOLD et AL. 2003-2004 : 430). Ainsi, bien que le Conseil puisse refuser d'autoriser la constitution d'un dossier, la plupart du temps, il se contente de restreindre la portée du dossier (PARIKH et TROELL 2003 : 27). De l'avis de plusieurs auteurs, puisque l'ANACDE ne prévoit pas que le Conseil puisse restreindre la portée d'un dossier, il outrepassa ses pouvoirs en agissant ainsi (WOLD et AL. 2003-2004 : 425 ; WOLD 2008-2009 : 228 ; PARIKH et TROELL 2003 : 14).

C'est donc en 2001 que les conséquences du changement d'administration aux États-Unis se font sentir pour la première fois. Des dossiers factuels sont alors autorisés pour quatre communications recommandées, mais avec de telles limitations que les enjeux réels ne peuvent être traités (GARVER 2008 : 36). La controverse atteint son point culminant en 2008, lorsque les auteurs de la communication *Espèces en péril* demandent au Secrétariat de ne pas constituer de dossier factuel (Écojustice 2001 ; Conseil 2010). L'autorisation du Conseil ne portait que sur onze espèces parmi les 124 suggérées par le Secrétariat, et ces onze élues n'étaient pas représentatives du problème soulevé par la communication. En d'autres termes, le dossier factuel aurait été fait de manière à faire paraître le Canada sous son plus beau jour. Une telle attitude rend le processus beaucoup moins crédibles (PARIKH et TROELL 2003 : 9). Cela remet également en question les communications portant sur des problèmes généraux d'application. Pourtant, dans sa recommandation au

Denis LEMIEUX et Raphaëlle GROULX-JULIEN

Conseil d'autoriser un dossier factuel dans *Oiseaux migrants*, le Secrétariat écrit :

En d'autres termes, plus la portée de l'omission alléguée est vaste, plus l'allégation risque de justifier la constitution d'un dossier factuel, toutes choses étant égales par ailleurs. Si l'on considérait que le processus relatif aux communications des citoyens ne permet pas l'examen des allégations portant sur l'omission généralisée d'appliquer la législation, les omissions qui présentent le plus de risques pour la réalisation des objectifs de l'Accord et celles qui présentent la plus grave menace pour l'environnement ne seraient pas couvertes par ce processus. Cette limitation de la portée du processus semble être contraire à l'objet même de l'ANACDE. Le Secrétariat refuse de faire une interprétation de l'Accord qui produirait un tel résultat (Secrétariat 2000). [Nous soulignons.]

En 2003, dans *Exploitation forestière en Ontario*, le Conseil augmente ses exigences en matière de preuve. L'ONG, au lieu de pouvoir se fonder sur des simulations, doit aller dans des parties reculées de la forêt ontarienne pour s'assurer que des coupes autorisées ont bien lieu et détruisent des nids d'oiseaux migrants. Non seulement cette nouvelle obligation est-elle très lourde à assumer par l'ONG, dont la participation est censée être favorisée par le processus, mais les informations auraient beaucoup plus facilement pu être recueillies par le gouvernement. Or, c'est précisément le gouvernement du Canada qui a demandé au Conseil d'exiger ce surplus d'information (Gouvernement du Canada 2002). On peut s'interroger sur le droit qu'avait le Conseil de demander davantage d'informations lorsque le Secrétariat a déjà jugé suffisantes celles dont il disposait (PARIKH et TROELL 2003 : 18). Il n'existe aucune disposition habilitant le Conseil à intervenir de cette façon, mais il n'existe pas non plus d'autorité supérieure au Conseil pour contrôler ses actes.

Le Conseil joue également sur le temps. Dans l'affaire *Pâtes et papiers*, le Conseil n'autorise le dossier que pour les données de l'année 2000, de sorte que lorsque le document est publié, en 2007, le Canada a beau jeu de déclarer l'information obsolète (GARVER 2008 : 38). Par ailleurs, les États semblent vouloir laisser traîner les choses en longueur afin de rendre les dossiers factuels inutiles. Pour *Centrales de charbon*, le Conseil met deux ans à autoriser la constitution d'un dossier factuel, trois ans pour *Espèces en Péril*. Lorsque

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

l'autorisation est donnée dans *Centrales de charbon*, le Secrétariat établit un plan de travail s'échelonnant de septembre 2008 à juillet 2009 (Secrétariat 2008). À ce jour, seule la première étape est accomplie, le 15 septembre 2008. Depuis, le dossier demeure ouvert, mais il n'y a aucun progrès.

Dans *Pollution environnementale à Hermosillo II*, le Secrétariat recommande la constitution d'un dossier factuel en avril 2007, et dans *Ex Hacienda El Hospital II* et *Ex Hacienda El Hospital III*, en mai 2008. Le Conseil n'accepte la constitution d'un dossier factuel pour ces communications que le 15 juin 2012. Dans *Véhicules automobiles au Québec*, le Conseil autorise la constitution d'un dossier factuel en juin 2006, et le Secrétariat soumet un dossier factuel provisoire en mars 2011. Dans ce cas, le retard s'est créé dans la cueillette d'information par le Secrétariat.

Cette cueillette peut être singulièrement ralentie par les gouvernements, qui sont en possession de beaucoup des informations nécessaires. Les gouvernements canadien et mexicain sont prompts à invoquer la confidentialité des informations qu'ils transmettent au Secrétariat. Dans *Metales y Derivados*, l'entièreté de la réponse du Mexique demeure secrète de sa production jusqu'à un mois après que le Conseil ait approuvé la constitution d'un dossier factuel (Secrétariat 2002 : 16). Dans certains cas, les réponses données ne traitent pas des questions identifiées dans la communication, et semblent plutôt viser à détourner l'attention du Secrétariat (par exemple, Secrétariat 2003 : 13)⁸.

L'article 45 permet également des moyens de défense aux États. L'article 45 (3) a) de l'ANACDE fait une définition très vaste de « procédure judiciaire ou administrative », ce qui permet au Canada, dans *Oldman River II*, de prétendre que la lettre d'avertissement envoyée à la propriétaire de deux mines est une procédure administrative, et de faire écarter ces mines du dossier factuel final (WOLD et al. 2003-2004 : 435). Un auteur soutient que le Canada a entrepris une procédure administrative dans BC Mining dans le seul but d'écarter la communication du champ de compétence du Secrétariat (WOLD 2008-2009 : 231). L'article 45 (1) permet également de soustraire les cas individuels plus facilement du dossier factuel, en prétendant qu'il s'agit de l'exercice d'une discrétion.

---

⁸ WOLD et al. (2003-2004 : 431), dénoncent l'utilisation de ce procédé dans le dossier *Oiseaux migrants*. Ils soupçonnent les États-Unis de vouloir discréditer le dossier en attribuant aux auteurs une autre intention que celle qui est clairement exprimée dans la communication.

Le Canada semble avoir des difficultés particulières pour l'application de l'ANACDE à cause de ses relations constitutionnelles avec les provinces. Lorsque les communications visant le Canada concernent des lois fédérales, mais appliquées par les provinces, le gouvernement fédéral n'a pas beaucoup de contrôle (GARVER 2008 : 35). En outre, tandis que les États des États-Unis d'Amérique et des États-Unis du Mexique sont automatiquement inclus dans l'ANACDE, les provinces canadiennes ne sont pas obligées d'y adhérer. Actuellement, seuls les gouvernements de l'Alberta, du Manitoba et du Québec sont signataires (Comité d'examen décennal 2003 : 40), mais ceci ne semble pas avoir eu de conséquence pour l'instant.

Les autres travaux de la CCE

Le processus des communications n'est pas le seul intérêt que présente l'ANACDE. En effet, l'importance de l'ANACDE tient beaucoup au fait que c'est la première organisation régionale environnementale en Amérique du Nord, disposant d'un mandat suffisamment large pour couvrir toutes les questions environnementales soulevées sur l'ensemble du continent (MARKELL et KNOX 2003 : 10).

L'article 13 de l'ANACDE habilite le Secrétariat à faire rapport sur toute question touchant le plan annuel, de même qu'à se pencher sur toute autre question, en donnant avis au Conseil, qui a trois jours pour protester. Le Secrétariat mène un grand nombre d'études sur des questions environnementales touchant à l'ALÉNA. La première avancée de la CCE dans ce domaine a été l'adoption, en 1999, d'un cadre d'analyse de l'impact du libre-échange sur l'environnement. Depuis, de nombreux projets sur des problèmes environnementaux précis ont été lancés. Les études réalisées peuvent se révéler très utiles. Par exemple, l'étude menée par la CCE sur les polluants à longue portée a facilité les négociations de la Convention de Stockholm, sur les polluants organiques persistants, pour les Parties à l'ANACDE (WOLD 2008-2009 : 232).

Le Secrétariat a acquis une importante crédibilité scientifique dès les trois premières années de la création de la CCE en organisant une action efficace pour améliorer les connaissances scientifiques des problèmes environnementaux nord-américains et pour planifier une action concertée pour les éliminer. Il a contribué au progrès des priorités des gouvernements et du public en créant des plans d'action régionaux, par exemple dans le cas des pesticides et des produits chimiques nocifs (KIRTON 1997 : 32).

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

Les analyses environnementales effectuées sous la direction du Secrétariat permettent à la CCE de jouer un de ses rôles essentiels, l'évaluation des effets du libre-échange sur l'environnement. Le travail de la CCE dans l'analyse des répercussions environnementales du libre-échange a été très positif, bien que le Secrétariat conclut qu'une évaluation exacte est impossible à cause du manque de données (WOLD 2008-2009 : 222). Cependant, le Conseil semble souhaiter s'immiscer également dans ce processus, et s'attend à être consulté lorsque le Secrétariat entame une étude, même si celle-ci relève du plan annuel (WOLD 2008-2009 : 222).

Il faut également dire un mot sur le processus arbitral prévu à la Partie V. Apparemment, les États ont tacitement convenu de ne pas l'utiliser, et d'ailleurs le Mexique et le Canada ont tenté de l'éliminer (Comité d'examen décennal 2003 : 40). L'existence de cette possibilité a tout de même une certaine valeur :

L'intention implicite des Parties de ne pas se prévaloir de la Partie V ne signifie pas que celle-ci n'est pas pertinente. Certains observateurs ont soutenu que : (i) sa seule existence pourrait dissuader les Parties d'adopter des lois de l'environnement en raison des risques commerciaux connexes ; (ii) la Partie V est une des raisons pour lesquelles aucune autre province n'a adhéré à l'ANACDE ; (iii) le Conseil a limité la portée du processus relatif aux communications des citoyens visant à empêcher la non-observation généralisée présumée, notamment pour réduire le risque qu'une autre Partie se prévale de la Partie V (Comité d'examen décennal 2003 : 41).

C'est pour cette raison que les auteurs du rapport de 2004 considèrent que ce processus est contraire à la philosophie de coopération. Cette conclusion laisse toutefois songeur compte tenu du manque de coopération général des Parties avec le CCPM et le public.

Conclusion

Ce qui a attiré notre attention sur cet accord, c'est avant tout ses innovations, notamment le processus des communications. En principe, l'ANACDE devrait permettre aux Parties de s'assurer que leurs voisins n'attirent pas les investisseurs en diminuant leurs exigences environnementales, mais en réalité il semble que comme les trois États bénéficient économiquement d'exigences environnementales limitées, on assiste plutôt à un nivellement vers le bas.

Le processus des communications était considéré comme l'un des seuls éléments constructifs de l'ANACDE. Dans les débuts de la CCE, nous avons vu que les communications pouvaient avoir des effets positifs. Même les dossiers factuels dont la portée a été réduite par le Conseil se sont avérés utiles sur le plan environnemental, en pressant les gouvernements d'intervenir à tout le moins dans les cas étudiés, en publicisant les problèmes étudiés, en donnant de l'information sur l'application par les gouvernements de leurs lois, et enfin en attirant malgré tout l'attention sur les problèmes soulevés par les auteurs, puisque l'ensemble du processus est accessible au public (PARIKH et TROELL 2003 : 11).

Au fil du temps, les ONG ont perdu confiance dans ce mécanisme, non pas à cause du Secrétariat, qui manifeste toujours son indépendance et sa rigueur, mais plutôt à cause de la facilité avec laquelle les États peuvent détourner le processus via le Conseil. Celui-ci se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, puisqu'il est composé des représentants des États visés par les communications. Alors que ce processus pourrait permettre une plus grande participation du public dans la protection de l'environnement et une coopération de bonne foi entre les États Parties et la population, les États tendent à percevoir les dossiers factuels comme des attaques et non des critiques constructives. WOLD et al. résument bien les problèmes des communications :

[...] le Conseil a marginalisé l'indépendance du Secrétariat en réduisant l'étendue des communications, un rôle dévolu au Secrétariat. De plus, il a ignoré le Conseil du CCPM sur la mise en œuvre du processus des communications. De surcroît, les gouvernements Parties ont choisi de traiter le processus de communications de citoyens en confrontation plutôt qu'en coopération (WOLD et AL. 2003-2004 : 417). [traduction]

Elles ne pourront pas l'éliminer complètement, parce que le lobby environnemental subsiste, mais comme on le constate elles peuvent l'affaiblir dans son application.

L'hostilité du Canada pour ce processus est assez remarquable. Il est clair qu'il n'a pas accueilli l'idée des accords parallèles avec beaucoup d'enthousiasme au départ, et qu'il s'y est plié parce que l'ALÉNA n'aurait pas été entériné par le Congrès américain sans eux. Il a par la suite essayé avec le Mexique de modifier les directives concernant les dossiers factuels. Les États-

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

Unis avaient jusque-là réussi à protéger le processus. Après le changement de présidence ils se sont joints au Mexique et au Canada. Dix ans plus tard, ni le Canada ni les autres Parties ne semblent vouloir changer d'attitude.

Le point faible de l'accord peut affecter l'ensemble des activités de la CCE (ALM et BURKHART 2006 : 8). En effet, si le Secrétariat est parfaitement indépendant aujourd'hui, son directeur général est nommé par le Conseil, ce qui permettrait à ce dernier de faire une nomination partisane. Il existe pourtant des solutions pour remédier à ce problème, notamment une réelle indépendance de l'organe décisionnel de la CCE, mais il n'est pas sûr que les États renonceraient facilement à leur pouvoir actuel. Redonner au processus sa crédibilité impliquerait que les États coopèrent non pas pour le battre en brèche, mais pour tenter de régler les problèmes soulevés par les citoyens.

Quant à savoir si, dans l'ensemble, l'ANACDE est efficace relativement à son objectif principal, c'est-à-dire améliorer la protection de l'environnement en Amérique du Nord et empêcher que le libre-échange ait des effets néfastes sur celui-ci, la réponse n'est pas claire. L'ANACDE n'a pas de pouvoir de contrainte, hormis la Partie V, solution visiblement écartée par les Parties. Néanmoins, le travail de recherche et de structuration accompli par le Secrétariat, qui demeure indépendant, est positif, et les possibilités offertes par l'ANACDE sont conservées, de sorte que si les gouvernements changent leur approche, ils disposeront d'un excellent outil transnational pour assurer l'harmonie de l'intégration économique d'Amérique du Nord avec la protection de l'environnement.

Bibliographie

Législation

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994), en ligne : Ministère des affaires étrangères et du commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/index.aspx?lang=fra>.

Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, 14 septembre 1993, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994), en ligne : CCE <http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=567>.

Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, 14 septembre 1993 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994), en ligne : Commission de coopération dans le domaine du travail <http://www.naalc.org/french/agreement.shtml>.

Accord sur l'environnement entre le Canada et la République de Colombie, 21 novembre 2008, (entrée en vigueur : 15 août 2011) en ligne : Ministère des affaires étrangères et du commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/FR%20Colombia%20Environment%20Agreement%20formatted.pdf>.

Clean Air Act, 85 USC tit 42 (1970), en ligne : EPA <http://epa.gov/oar/caa/index.html>.

United States - Peru Trade Promotion Agreement, 12 avril 2006, (entrée en vigueur le 1^{er} février 2009) en ligne : http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file953_9541.pdf

Doctrine

ALM, Leslie R. et BURKHART, Ross E. (2006) « Is Spotlighting enough? Environmental NGO's and the Commission for Environmental Protection » 67 Can-Am Public Policy 1.

GARVER, Geoff (2008) « Tooth Decay », 25:3 The Environmental Forum 34.

GRAUBART, Jonathan (2001-2002) « Giving Meaning to New Tradelinked "Soft Law" Agreements on Social Values: A Law-in-Action Analysis of NAFTA's Environmental Side Agreement » 6 UCLA J Int'l L & Foreign Aff 425.

DÉGRADATION D'UN MÉCANISME INNOVATEUR

- KELLY, Micheal J. (1996-1997) « Bringing a Complaint Under the NAFTA Environmental Side Accord: Difficult Steps Under a Procedural Paper Tiger, but Movement in the Right Direction », 24 Pepp L. Rev. 71.
- KIRTON, John, (1997) « Commission for Environmental Cooperation and Canada-U.S. Governance in the NAFTA Era », 27.3 Am Rev of Can Study 459 8 (C.P.I.Q.).
- KNOX, John H. (2004) « Separated at Birth: The North American Agreements on Labor and the Environment », 26 Loy LA Int'l & Comp L Rev 359, aux pp. 369 et 370.
- MARKELL, David L. et KNOX John H. (2003) « The innovative North American Commission for Environmental Cooperation », Public Law and Legal Theory Working Paper No. 91, aux pp. 5 et en ligne : Social Science Research Network <http://ssrn.com/abstract=453180>
- PARIKH, Pooja Seth et TROELL, Jessica (2003) « Issues Related to Articles 14 and 15 of the North American Agreement on Environmental Cooperation » Environmental Law Institute, à la p. 27, en ligne : Environmental Law Institute http://www.elistore.org/reports_detail.asp?ID=10932.
- WOLD, Chris (2008-2009) « Evaluating NAFTA and the Commission for Environmental Cooperation: Lessons for Integrating Trade and Environment in Free Trade Agreements », 28 St Louis U Pub L Rev 201.
- WOLD, Chris et al. (2003-2004) « The Inadequacy of the Citizen Submission of Articles 14 & 15 of the North American Agreement on Environmental Cooperation » 26 Loy LA Int'l. & Comp L Rev 415.

Documentation administrative

- Comité d'examen décennal de l'application de l'ANACDE au Conseil de la Commission de coopération environnementale (2004), *Dix ans de coopération environnementale en Amérique du Nord*, en ligne :
- CCE http://www.cec.org/Storage/79/7286_TRAC-Report2004_fr.pdf.
- Conseil de la commission de coopération environnementale (2010), *Autorisation du Conseil du 20 décembre 2010*, en ligne :
- CCE http://www.cec.org/Storage/36/9446_06-05-Council_Resolution-10-05_fr.pdf.
- Conseil de la Commission de coopération environnementale (2002), *Lettre du Conseil au CCPM - dossiers factuels*, 14 juin 2002, en ligne :
- CCE http://www.cec.org/Storage/31/2268_L-Coun04-f1.pdf.

Denis LEMIEUX et Raphaëlle GROULX-JULIEN

Conseil de la Commission de coopération environnementale (2000), Résolution du Conseil 00-09, *Questions relatives aux articles 14 et 15 de l'ANACDE*, en ligne :

CCE <http://www.cec.org/Page.asp?PageID=122&ContentID=1143&SiteNodeID=275&BLExpandID=108>.

Comité consultatif public mixte (2008), *Communications sur les questions d'application : les enseignements à en tirer jusqu'au suivi des dossiers factuels*, Avis au Conseil 08-01, en ligne : CCE <http://www.cec.org/Page.asp?PageID=122&ContentID=958&SiteNodeID=290&BLExpandID=109>.

Écojustice, Lettre du 17 janvier 2001, en ligne : CCE http://www.cec.org/Storage/85/9489_06-5-NOT_en.pdf.

Gouvernement du Canada, *Réponse de la Partie en vertu du paragraphe 14(3) provenant du Canada*, 11 avril 2002, en ligne : CCE http://www.cec.org/Storage/88/8479_02-1-RSP-E.pdf.

Secrétariat de la Commission de coopération environnementale (2002), *Dossier factuel final relatif à Metales y Derivados*, dossier no SEM-98-007.

Secrétariat de la Commission nord-américaine de coopération environnementale (2000), *Notification du Secrétariat au Conseil, conformément au paragraphe 15(1), de la justification de constituer un dossier factuel*, Oiseaux migrants, no SEM-99-002, en ligne : CCE http://www.cec.org/Storage/71/6467_ACFA31.pdf.

Secrétariat de la Commission de coopération environnementale (2003), *Notification au Conseil des motifs ayant amené le Secrétariat à considérer que la constitution d'un dossier factuel est justifiée, conformément au paragraphe 15(1) de l'ANACDE*, Pâtes et papiers, no SEM-02-003, en ligne : CCE http://www.cec.org/Storage/72/6638_02-3-ADV_fr.pdf.

Secrétariat de la Commission nord-américaine de coopération environnementale (2008), *Plan de travail global relatif à la constitution d'un dossier factuel : Centrales au charbon*, en ligne : CCE http://www.cec.org/Storage/75/6872_04-5-FR-OP_fr.pdf