

**L'expérience des mécanismes de règlement des différends de l'ALENA :  
une leçon pour la ZLEA ?**

GUSTAVO VEGA

Dans le contexte actuel de négociations concernant le règlement des différends au sein de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), il serait pertinent de tirer quelques leçons quant aux expériences des mécanismes de règlement des différends au sein de ALENA. Dans la première partie du texte, je passerai en revue l'expérience de chaque mécanisme inclus dans l'ALENA. Dans une deuxième partie, je tirerai quelques leçons de cette analyse.

**L'expérience de l'ALENA**

Lorsqu'on examine les résultats des cas présentés à l'intérieur des mécanismes de règlement des différends de l'ALENA, il est possible de conclure que les partenaires de cet accord se sont mis d'accord sur de nouvelles règles et procédures dans le but d'harmoniser leurs relations économiques.

L'ensemble du dossier concernant les disputes légales entre les trois pays, déposées au cours des huit dernières années révèle un profond engagement de la part des trois gouvernements en faveur du principe de « la règle du droit ». Les trois pays ont utilisé les procédures de manière à peu près équivalente et ils ont tous connu des succès et des échecs. De plus, les trois ont généralement accepté les jugements des panels et ont fait les amendements législatifs ou politiques requis, même si ce n'était pas toujours fait de bonne grâce ou avec enthousiasme. À l'occasion, une plus forte pression a dû être appliquée afin de résoudre le conflit, et il est même arrivé que la solution d'un différend aggrave les conditions de

résolution d'un autre différend<sup>1</sup>. Cependant, de façon générale, les trois gouvernements se sont montrés enclins à appliquer entièrement le système de règlement des différends. Les panels ont également rempli leur rôle en tant qu'organismes d'arbitrage judiciaire, et cela de manière très professionnelle. Comme on s'y attendait, toutes les décisions qui ont été prises par ces panels ont été inspirées par l'équité, l'efficacité, la transparence, la cohérence, l'impartialité et la prise de décisions raisonnées basées sur l'autorité de la loi.

La création de groupes spéciaux binationaux prévue au chapitre 19 (Annexe 1901.2) de l'ALENA s'est avérée être un mécanisme de résolution de différends très apprécié tout autant que celui qui avait été créé en vertu de l'ALE<sup>2</sup>. Après neuf années d'existence de l'ALENA, c'est-à-dire jusqu'au mois de février 2003, 86 plaintes au total ont été déposées en vertu du chapitre 19. Aux cas déjà réglés, il faudrait ajouter ceux qui sont encore devant instance. Durant cette période, les panels de l'ALENA ont confirmé certaines décisions adoptées par les autorités administratives nationales et en ont renvoyé d'autres à des instances supérieures pour clarification ou autres justifications avant de rendre leur jugement. Quand il y a absence de justification, les panels ont choisi d'annuler la décision. En général, les experts qui ont analysé les arguments évoqués dans chaque cas ont exprimé leur accord avec les décisions rendues par les panels d'experts. Ils ont, de plus, estimé que ces experts étaient familiers avec les notions économiques tout autant qu'avec les notions juridiques, qu'ils avaient rempli leur mandat avec compétence et professionnalisme, voire même de manière plus exhaustive que les tribunaux nationaux.

L'issue de certains différends entre le Canada et les États-Unis d'Amérique (EUA) arbitrés en vertu de l'ALE, a pu conduire quelques détracteurs de l'accord à accuser les experts de favoriser les représentants de leur pays d'origine. Par

---

<sup>1</sup> Un exemple de ceci est la « saga » du sucre et de la HFCS, où les progrès dans un cas ont affecté l'autre de manière évidente.

<sup>2</sup> L'ALE est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989, suivi par l'ALENA le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Au cours des cinq années d'existence de l'ALE, les deux Parties ont officiellement porté 47 plaintes l'une contre l'autre ; ce nombre n'inclut pas les différends résolus avant la mise en place des panels binationaux. De ces 47 cas, 28 étaient dirigés contre des compagnies américaines (en matière d'antidumping ou de droits compensateurs imposés par le Département du Commerce, ou d'adjudication des dommages par la Commission internationale du Commerce) et 19 contre les compagnies canadiennes (au départ, contre Revenu Canada, plus tard, contre l'Agence canadienne des douanes et du revenu) en matière d'antidumping ou de droits compensateurs, ou encore d'attribution des dommages par le Tribunal canadien du Commerce international.

contre, jusqu'à présent, l'ALENA a échappé à ce genre d'accusation<sup>3</sup>. Il y a une bonne raison à cela : aucune décision n'a été rendue sur division selon l'appartenance nationale. D'ailleurs, plus de 80 % des décisions ont été unanimes, tandis que les autres ont été rendues par des majorités d'origine nationale mixte.

Quel que soit le critère retenu, le mécanisme de règlement des différends a été administré avec un très haut niveau de professionnalisme, sans préjugé apparent et ce, même si plusieurs affaires aient été très médiatisées. À chaque fois, ce sont des principes juridiques établis qui ont été prépondérants dans le règlement des différends et non pas des questions d'ordre politique. En ce sens, le mécanisme a forcé les représentants des trois pays à opérer à l'intérieur du cadre légal institué et, ce faisant, il a réduit la possibilité pour des entreprises d'exercer des pressions sur leurs représentants pour qu'ils adoptent des mesures protectionnistes en leur faveur.

Les dispositions plus générales concernant le règlement des différends, prévues au chapitre 20 de l'ALENA, ont été utilisées moins fréquemment, mais avec tout autant de succès. Nombre de problèmes difficiles ont été réglés par la coopération, prévue à l'article 2003, ou par le recours aux procédures de règlement des différends prévu à l'article 2004<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Il faut dire que les accusations de partialité étaient considérées comme injustes de la part de la plupart des observateurs sérieux.

<sup>4</sup> Parmi les cas les plus importants ayant été résolus par la conciliation, il faut relever celui de *Uranium Exports* (Canada c. les EUA, 1994), dans lequel des consultations binationales ont apparemment calmé les inquiétudes canadiennes concernant un accord de suspension entre les EUA et la Russie sur le dumping d'uranium, grâce aux garanties des EUA que les intérêts du Canada seraient aussi pris en considération. Voir *Int'l Trade Rep. No. 12*, (5 avril, 1995); *Import Restrictions on Sugar* (Canada c. EUA, 1995) était une dispute concernant les restrictions américaines contre le Canada et une action antidumping prise par le Canada contre le sucre américain, résolu finalement lorsque le Canada et les EUA ont renégocié les quotas de sucre; *Restriction on Tomato Imports* (le Mexique c. EUA, 1996), dans laquelle les objections mexicaines contre les tarifs américains imposés sur les tomates mexicaines ont été prises en compte dans un accord entre le gouvernement américain et les cultivateurs qui a mis en suspens l'application des tarifs antidumping des EUA ; *Helms Burton Act* (Mexico et Canada c. EUA, 1996) dans lequel le Mexique et le Canada ont remis en cause les dispositions du *Helms-Burton Act* qui imposait des restrictions sur les déplacements vers Cuba et facilitait la poursuite en justice de compagnies étrangères qui investissaient à Cuba, plainte qui a été suspendue lorsque les EUA et l'Union européenne (UE) se sont mis d'accord sur la suspension d'une plainte parallèle à l'OMC afin de sauver la face. La menace des EUA de ne pas se soumettre aux dispositions de l'ALENA permet la vente d'avocats mexicains (avocats) sur le marché américain, menace qui a surgi en 1996-1997 sous prétexte que cela introduirait des parasites en Californie, a aussi

À la fin 2002, trois cas avaient été réglés par un panel de règlement des différends ; deux cas avaient été déposés par le Mexique contre les EUA (*Broomcorn Brooms* et *Cross Border Trucking*) et un cas déposé par les États-Unis contre le Canada (*Poultry and Dairy*). Dans les trois cas, Les décisions des panels sont considérées comme étant de qualité exceptionnelle.

En ce qui concerne les différends sur l'investissement, notre analyse met en évidence le fait qu'il s'agit d'un mécanisme efficace. Au début 2003, vingt-trois différends sur l'investissement avaient été déposés au total : neuf contre le Canada, neuf contre le Mexique et cinq contre les EUA. Huit des vingt-trois cas ont fait l'objet d'une décision finale<sup>5</sup>, quatre en faveur de l'investisseur et quatre en faveur d'une des Parties à l'accord<sup>6</sup>. Dans les quatre cas où la décision était en faveur d'une Partie, ce sont les États-Unis et le Mexique qui ont eu gain de cause, tandis que le Canada et le Mexique ont été perdants à deux reprises. Dans un cas où la décision a été rendue contre le gouvernement canadien, le cas *S.D. Meyers*, le tribunal n'a pas encore statué sur le montant des dommages à accorder.

Jusqu'à présent, les parties n'ont pas exprimé de réticences face au mécanisme et elles ne se sont opposées ni à l'arbitrage, ni à la constitution de panels d'experts. De plus, les Parties ont eu de nombreuses occasions de soumettre leurs objections, leurs contestations et leurs arguments. Enfin, les tribunaux ont autorisé jusqu'à quatre dépôts d'arguments par écrit sur des questions de fond afin de permettre aux Parties d'aborder de nouveaux aspects des enjeux en présence. Contrairement aux autres mécanismes de règlements des différends prévus par l'ALENA, le consentement à l'arbitrage, prévu à l'article 1122, renvoie aux règles de la Convention du

---

été neutralisée grâce à la consultation. De cette façon, la vente d'avocats mexicains a pu franchir la frontière américaine.

<sup>5</sup> Ces cas sont : Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca contre *The United Mexican States* (le cas Azinian) ; *Waste Management Inc.* contre *The United Mexican States* (le cas de la gestion des déchets) ; *Metalclad Corporation* contre *The United Mexican States* (le cas Metalclad) ; *S.D. Myers* contre le Gouvernement du Canada ; (le cas *S.D. Myers*) ; et *Pope & Talbot Inc.* contre le Gouvernement du Canada (le cas *Pope & Talbot*) ; *Mondev International* contre les États-Unis (le cas *Mondev*) et *ADF Group Inc.* contre les États-Unis (le cas *ADF*).

<sup>6</sup> Dans le cas Azinian et dans celui de la gestion des déchets, le gouvernement mexicain a eu gain de cause, tandis que dans celui de Metalclad, de *CEMSA*, de *S.D. Myers* et de *Pope & Talbot*, les investisseurs ont obtenu des jugements contre le gouvernement mexicain dans les deux premiers, et contre le gouvernement canadien dans les deux derniers cas. Les cas *Mondev* and *ADF* ont été décidés en faveur du gouvernement américain.

centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), et à l'article 1125 de la Convention CIRDI ou au Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI qui prévoient que la Partie contestante et l'investisseur contestant acceptent, par écrit dans ce cas, la nomination de chaque membre du tribunal. Ces exigences accroissent l'efficacité du processus.

Par ailleurs, nous n'avons pas vu non plus qu'une Partie ait refusé ou retardé indûment le versement des dommages imposés par un tribunal. Bien au contraire, comme le montre le cas de Metalclad dans lequel le gouvernement du Mexique a déjà respecté la décision du tribunal. Ceci entraîne plusieurs conséquences. *Premièrement*, l'arbitrage en matière d'investissement n'a pas été conçu pour intervenir directement dans une politique ou dans une disposition qui fait l'objet du litige. Il a simplement pour but de faciliter l'exécution des obligations et le respect des règles, parce qu'il est souvent plus facile pour un gouvernement d'assumer le coût des dommages que de modifier ou d'amender une loi ou une politique, ce qui paraît ou ce qui devrait constituer un remède extraordinaire. *Deuxièmement*, le recours à l'arbitrage ne devrait pas être utilisé pour résoudre des problèmes ou des mesures mineurs qui pourraient être traités de manière plus efficace au niveau interne de manière à assurer la stabilité de l'investissement<sup>7</sup>. En fait, le mécanisme prévu au chapitre 11 de l'ALÉNA est fondé sur le régime des réclamations tel qu'il existe en droit international, régime auquel les Parties font appel lorsque les autres recours au niveau interne ont été épuisés. Cependant, en vertu de l'ALÉNA, un investisseur n'est pas obligé d'avoir épuisé les recours prévus aux autres niveaux avant de porter sa cause devant les tribunaux internationaux. Pour le moment, aucun tribunal n'a encore résolu la question à savoir s'il faut épuiser ces recours au niveau interne avant d'accéder aux mécanismes prévus dans l'accord<sup>8</sup>.

Cela étant, le chapitre 11 de l'ALÉNA a été l'objet de nombreuses controverses, auxquelles les parties à l'accord ont fait face, ce qui laisserait supposer que les gouvernements ont une idée claire de la fonction première du chapitre en question

---

<sup>7</sup> C'est un remède extraordinaire parce qu'il n'est pas interne, mais plutôt un remède de droit international. Le différend ne portait pas sur la légalité ou la légitimité de la loi d'une Partie, mais sur la question à savoir si cette loi était ou non contraire aux obligations en matière d'investissement, contenues dans l'ALÉNA.

<sup>8</sup> Par exemple, la question devant le tribunal Loewen était de savoir s'il était nécessaire que le plaignant ait épuisé les remèdes internes disponibles.

et qu'ils sont prêts à aller de l'avant. La meilleure illustration de ceci se retrouve dans les modifications apportées aux procédures et à l'imposition d'exigences plus strictes contribuant à assainir les relations entre les trois pays. D'ailleurs, l'existence d'accords internationaux ne signifie pas qu'il n'y aura pas de conflits, mais simplement que l'on dispose d'une meilleure base pour les résoudre. Vu la croissance anticipée des échanges commerciaux entre les trois pays, on s'attendait à ce qu'un grand nombre de disputes soit déposé au moment de la mise en place des accords de libre-échange, et c'est effectivement ce qui s'est produit. Cependant, l'application de règles claires à l'intérieur d'une série de procédures strictes a permis d'assurer l'égalité entre les partenaires. Ce sont donc les règles qui ont déterminé les résultats, et non les politiques des pouvoirs en place.

Toutefois, il y a des limites à la bonne volonté des gouvernements à céder aux exigences des règlements et des procédures internationaux, comme l'illustrent la saga du camionnage transfrontière et le conflit entourant l'exportation de sucre mexicain, lesquels embrouillent les relations américano-mexicaines depuis plusieurs années. La raison pour laquelle le Mexique hésite à adopter des mesures de représailles dans le cas du camionnage semble liée au fait que, même si celui-ci a le « droit » de son côté, les coûts politiques et économiques d'une telle décision seraient plus grands que les bénéfices qu'il en retirerait. Le Mexique compte sans doute aussi sur le fait que l'administration Bush finira par appliquer les recommandations du Panel d'arbitrage, comme elle s'est engagée à le faire, ce qui est d'autant plus probable que le Congrès et la Maison Blanche sont d'accord sur cette question.

Les cas du camionnage et du sucre sont exceptionnels et, en ce sens, ils sont comparables à d'autres cas exceptionnels que l'on rencontre au niveau de l'OMC, comme celui de l'embargo de l'UE sur le bœuf aux hormones en provenance des EUA et celui des sociétés américaines de vente à l'étranger. En n'adoptant pas de mesures pour respecter les décisions rendues par les panels, aussi bien les autorités européennes que les autorités américaines ont choisi de faire face aux foudres de leurs partenaires commerciaux plutôt qu'à celles du public ou de leurs électeurs.

Pour conclure, nous avons assisté à de nombreux progrès au cours de la dernière décennie concernant l'incorporation de meilleures règles et procédures dans les accords commerciaux internationaux. Cependant, les règles et procédures

internationales sont encore loin d'être aussi claires que les règles et procédures internes, surtout lorsqu'il est question de litiges aux retombées politiques majeures pour des puissances comme l'UE ou les EUA, ou de contentieux bilatéraux importants, comme c'est le cas pour le bois d'œuvre ou pour le sucre. Dans les années à venir, alors que l'intégration continentale en profondeur exigera des efforts soutenus, il faudra s'assurer que les mécanismes de règlement des différends soient suffisamment robustes pour que les règles puissent être appliquées de manière à renforcer la confiance des exportateurs et des investisseurs afin qu'ils puissent pleinement profiter du resserrement des liens commerciaux entre le Canada, le Mexique et les EUA.

### **Des leçons pour la ZLEA**

Les nombreuses procédures prévues à l'ALÉNA représentent une approche unique, en termes de variété et d'étendue, au besoin avéré pour des mécanismes solides et efficaces de règlement des différends au sein d'accords commerciaux<sup>9</sup>. Dans les lignes qui suivent, nous allons étudier ces mécanismes en procédant chapitre par chapitre, afin de voir dans quelle mesure ces dispositions, ou des dispositions semblables, pourraient se retrouver dans l'accord portant création de la ZLEA.

#### *Le chapitre 20*

Il paraît inévitable que le mécanisme prévu au chapitre 20, intitulé « Dispositions institutionnelles et procédures de règlement des différends », ou un mécanisme similaire, sera incorporé dans de futurs accords régionaux de libre-échange. En fait, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie conclu en octobre 2000 inclut un mécanisme très semblable à celui du chapitre 20 de l'ALÉNA<sup>10</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'enjeu du règlement des différends a également été abordé dans les deux accords régionaux que les

---

<sup>9</sup> Par exemple, le Mercosur a incorporé un mécanisme de règlement des différends entre les Parties et des tiers, qui passe par la négociation et l'arbitrage obligatoire. Voir *Mercosur/CM/DEC No. 1/91 -Protocol of Brasilia for the Solution of Controversies*, réimprimé dans Thomas Andrew O'KEEFE, « Potential Conflict Areas in any Future Negotiations Between MERCOSUR and NAFTA to create Free Trade Area of the Americas », 14 *A2 J. of Int'l and Comparative Law* 305, 1997.

<sup>10</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume Hashémite de Jordanie, le 24 octobre 2000, article 17.

EUA ont négociés avec Singapour et avec le Chili. Ces négociations avaient été amorcées durant les derniers jours de l'administration Clinton et ont été menées à terme par l'administration Bush. Ce chapitre servira sans doute aussi de modèle pour un chapitre correspondant au sein de la ZLEA. Comme ce fut le cas pour l'ALENA, il faudra prévoir des droits et des obligations importants qui ne se trouvent pas dans les accords de l'OMC et qui ne se prêtent pas à des règlements de différends bilatéraux ou régionaux<sup>11</sup>.

Comme nous l'avons vu à la section précédente, le mécanisme d'arbitrage prévu au chapitre 20 a rempli la fonction pour laquelle il avait été conçu de manière adéquate, encore que son efficacité à résoudre les différends qui ne pouvaient l'être par la voie bilatérale normale a pu être mise en doute. Règle générale, lorsque les parties à l'ALENA ont eu la patience de persévérer, les décisions ont permis de régler les différends. Ceux qui souhaitaient la mise en place de mécanismes plus rigides trouveront sans doute que le chapitre 20 de l'ALENA s'est avéré déficient. Les cas qui ont exigé la constitution de panels ont connu d'importants délais liés à la formation des panels en question, comme ce fut le cas pour le transport routier, ou même dans le conflit du sucre dans lequel la constitution d'un panel s'est avérée impossible à cause du refus des EUA de nommer des membres pour les panels. Ces délais montrent qu'il existe des lacunes considérables au niveau de la procédure en particulier, pour tout ce qui a trait à l'incapacité des parties à se mettre d'accord sur la composition des panels, mais ces lacunes sont sans doute imputables également au fait que l'ALENA ne dispose d'aucun secrétariat<sup>12</sup>.

Pour ce qui est de la ZLEA ou d'autres accords commerciaux, une grande partie des délais dans la sélection

---

<sup>11</sup> Bien que la plupart des pays des Amériques puissent recourir au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, dont les structures et les procédures sont soi-disant supérieures, le fait est que l'OMC n'est pas nécessairement un forum approprié pour tous ou même pour la majorité des différends entre les pays-membres de la ZLEA. Comme dans le cas des services de camionnage dans les dispositions de l'Annexe I de l'ALENA, il semble peu vraisemblable que les Parties à la ZLEA soient prêts à accorder à des groupes qui ne sont pas nationaux, à des panels de l'OMC, ou encore aux membres de la cour d'appel la tâche d'interpréter des dispositions précises de l'ALENA ou de la ZLEA.

<sup>12</sup> Le problème principal dans l'ALENA, est que les trois pays n'ont pas encore rempli leur obligation de nommer les trente personnes sur la liste formelle prévue à l'accord. Les trois pays n'ont toujours pas respecté l'accord, en choisissant un président par tirage au sort lorsqu'ils ne peuvent pas se mettre d'accord sur le choix des candidats, ce qui est la première étape pour sélectionner les autres membres du panel.



d'un président et des membres des panels pourrait être éliminée si les parties convenaient de mettre sur pied une instance qui les nommerait à leur place comme le fait par exemple le secrétaire général du CIRDI ou même le secrétariat de l'OMC. Une telle instance aurait alors le pouvoir de choisir le président chaque fois que les parties concernées s'avèrent incapables de se mettre d'accord sur une personne en particulier, à l'intérieur de trente jours, par exemple<sup>13</sup>. L'instance en question devrait alors disposer d'instructions détaillées fournies par les Parties sur les qualifications et les critères pour le choix du président afin d'éviter les mauvaises surprises et d'éliminer les candidats sous-qualifiés. À cet égard, il pourrait suffire de dresser une liste prédéterminée de candidats, ce qui faciliterait davantage la procédure de nomination.

Lorsque se conclut un accord impliquant un nombre élevé de partenaires, comme c'est le cas pour la ZLEA, il convient de prévoir un secrétariat permanent, indépendant et autonome sur le plan financier. Ce secrétariat devrait pouvoir compter sur un personnel professionnel adéquat, disposant d'une autorité suffisante pour procéder à la nomination des membres d'un panel si jamais, faute d'entente entre elles, les parties impliquées dans un différent se montraient incapables d'y pourvoir rapidement. Si chaque partie établissait une liste de dix noms ou plus, comme cela se fait à l'OMC en vertu du Mémoire sur le règlement des différends, et si les parties étaient incitées à choisir au mérite, les noms sur ces listes, il serait beaucoup plus facile d'arriver à une entente sur le choix des arbitres. Par contre, il sera toujours difficile de trouver des candidats qui sont à la fois qualifiés et perçus comme étant entièrement indépendants, compte tenu de la diligence raisonnable qui doit être exercée par les gouvernements impliqués dans des litiges portant sur des problèmes aux incidences politiques et économiques importantes.

Certains ont proposé pour la ZLEA de substituer au modèle d'arbitrage *ad hoc* une véritable cour de commerce<sup>14</sup>. Or, malgré les avantages indéniables d'une telle formule<sup>15</sup>, il est difficile d'imaginer que les autorités politiques puissent accepter de mettre sur pied un pouvoir judiciaire permanent

---

<sup>13</sup> C'est la règle qui s'applique aux tribunaux d'arbitrage prévus au chapitre 11.

<sup>14</sup> Voir Sidney PICKER, *NAFTA Chapter 20 —Reflections on Party to Party Dispute Resolution*, 14 *arz. j. int'l & comp. L.* 465, 1997.

<sup>15</sup> Il paraît raisonnable de supposer qu'une cour bien organisée ayant déjà un personnel adéquat, éliminerait les délais causés par la sélection des panels et assurerait un haut niveau d'expertise en matière de commerce, ainsi qu'une plus grande uniformité dans les jugements rendus.

en matière de commerce au niveau multilatéral. La proposition soulève trop de difficultés qui pourraient mettre en péril l'atteinte d'autres objectifs importants, comme la préservation de la souveraineté nationale. Dans ces circonstances, un mécanisme d'arbitrage comme celui de la cour d'appel de l'OMC pourrait être une solution alternative qui mériterait d'être prise en considération. Dans ce cas-ci, il s'agirait d'un tribunal de première instance et non d'une cour d'appel, éventuellement formé de sept, neuf, voire onze membres dont l'autorité, de même que l'expertise en droit et en commerce international serait reconnue. Les membres seraient nommés pour des mandats de quatre ans et ils siègeraient à trois sur les panels<sup>16</sup>. Une liste réduite de membres, bien rémunérés pour le travail qu'ils seraient appelés à faire dans des panels au nombre de trois ou à cinq, augmenterait l'efficacité du processus de sélection des panels et pourrait fournir un degré d'uniformité dans les décisions. Ce qui est probablement impossible d'obtenir avec un processus de sélection *ad hoc*, surtout si, comme c'est le cas pour les membres de la cour d'appel de l'OMC, les membres doivent se consulter régulièrement les uns les autres à propos des cas qui leur sont soumis.

#### *Le chapitre 19*

Il est fort probable que les pays des Amériques qui négocient actuellement des accords de libre-échange font face aux mêmes problèmes que ceux auxquels le Canada et le Mexique ont fait face lorsqu'ils ont négocié l'ALÉNA avec les EUA. Ces pays se trouvent dans des positions similaires à celles du Canada et du Mexique et ils doivent s'assurer que l'accès aux marchés étrangers, qu'ils obtiendront grâce à la libéralisation des échanges, ne soit pas entravé par des actions, par exemple, au titre de l'antidumping et des droits compensateurs, qui pourraient les désavantager et auxquelles leurs principaux partenaires commerciaux, et surtout les EUA, seraient tentés d'avoir recours.

C'est la suspension de la part des autorités des EUA à recourir à l'antidumping et aux droits compensateurs qui a conduit à la mise sur pied du régime d'examen prévu au chapitre 19 de l'ALE et de l'ALÉNA, et cette façon de procéder pourrait fort bien être utilisée pour la ZLEA. Certains soutiennent que la meilleure stratégie consisterait à

---

<sup>16</sup>DSU, *Supra* note 2, Article 17 (2), 17(3).

modifier les politiques d'antidumping<sup>17</sup>, mais cela semble peu probable étant donné le contexte politique actuel et le fait que la promotion du commerce relève du pouvoir exécutif aux EUA<sup>18</sup>. L'alternative consisterait à s'assurer que les actions au titre de l'antidumping et des droits compensateurs soient au moins traitées de manière équitable et responsable par les autorités administratives des pays importateurs. Si les pays de la ZLEA optent pour cette deuxième stratégie, le prolongement logique de l'option devrait les conduire à établir une instance de révision administrative au niveau régional. Ce processus pourrait être calqué sur le modèle que nous avons proposé précédemment lorsqu'il était question du chapitre 20 ; il faudrait alors dresser une liste de noms à l'échelle régionale, ce qui aurait pour effet de réduire les délais lors de la constitution des panels.

### *Le chapitre 11*

Il est fort probable que, dans des accords à venir dans lesquels, à l'instar de la ZLEA, les EUA sont parties prenantes, la proposition soit avancée d'inclure un chapitre sur l'investissement comprenant un mécanisme de règlement des différends entre État et investisseur. En fait, plusieurs pays des Amériques ont déjà signé de tels accords d'investissement bilatéraux avec les EUA, le Canada et le Mexique qui reprennent les dispositions du chapitre 11 de l'ALENA. Or, l'expérience de l'ALENA et les leçons qu'on peut en tirer peuvent être utiles dans les négociations en cours à l'échelle continentale. En premier lieu, notre analyse montre que le chapitre 11 de l'ALENA est un mécanisme rapide et efficace pour résoudre des différends en matière d'investissement et qu'il pourrait servir de modèle pour de futurs accords d'investissement. Toutefois, un nombre de problèmes ont surgi qui pourraient être abordés différemment dans un éventuel accord régional.

Il n'y a pas de raison fondamentale pour laquelle le règlement des différends entre État et investisseur ne devrait pas être plus transparent et ouvert au public. En particulier, lorsqu'il s'agit de cas où l'intérêt public lui-même peut être

---

<sup>17</sup> Voir Thomas M. BODDEZ et Michael J. TREBILCOCK, « Unfinished Business: Reforming Trade Remedy Laws in North America », *C.D. Howe Institute*, Toronto, 1993.

<sup>18</sup> Une des exigences imposées par le Congrès à l'exécutif lors de l'octroi de l'Autorisation pour la promotion commerciale était qu'il ne fallait pas faire de compromis au sujet de lois inéquitables en matière d'échanges dans de futures négociations commerciales.

plaidé devant un tribunal d'arbitrage. À l'origine, le chapitre 11 prévoyait un mécanisme privé et il paraissait légitime de maintenir un certain niveau de confidentialité afin d'encourager la conciliation entre les Parties et de faciliter le règlement d'un différend. Cependant, dans la mesure où l'introduction d'un chapitre sur l'investissement dans un accord régional pourrait avoir des incidences sur des questions d'intérêt public, il faudrait passer outre ces considérations et y incorporer des dispositions sur la transparence et l'ouverture au public. Il faudrait alors répondre à toute une série de questions : comment et jusqu'à quel point faut-il rendre publics les documents ? Qui aura le droit d'assister aux séances ? Qui aura l'autorité d'intervenir auprès d'un tribunal ? Etc. Une des approches possibles consisterait à négocier les protocoles et procédures en vigueur au CIRDI et à l'UNCITRAL, en les adaptant aux besoins de l'investissement à l'intérieur de l'espace de la ZLEA.

La plupart des controverses entourant le chapitre 11 de l'ALENA sont liées au fait que la portée du mécanisme de règlement des différends entre État et investisseur n'est pas bien définie. Ce qui a comme résultat qu'une trop grande latitude d'interprétation est laissée au tribunal et aux Parties. Ceci n'est pas répréhensible en soi, mais cela peut aussi aller à l'encontre de ce que les Parties avaient voulu au point de départ. Ainsi, certaines formulations du chapitre 11 et, en particulier, l'expression de « traitement juste et équitable » prévue à l'article 1105 demeurent vagues à souhait et accordent trop de latitude aux Parties, aux investisseurs et aux membres des panels. Éventuellement, les précédents serviront à combler cette lacune, mais pas nécessairement dans la direction voulue par les Parties au départ. Un des risques des processus judiciaires modernes est lié à la tentation des panels d'interpréter au lieu d'arbitrer, en particulier, dans les cas où la loi est vague et sujette à interprétations divergentes. Bien sûr, la plupart des détracteurs du chapitre 11 s'empressent d'exploiter cette lacune. Toutefois, à l'occasion des négociations de la ZLEA, les Parties pourraient trouver avantage à se servir des neuf années d'expériences de l'ALENA comme base pour établir une vision plus pondérée de la portée et des objectifs de l'arbitrage entre États et investisseurs.

Enfin, pour terminer, rappelons que certains détracteurs de l'ALENA avaient exprimé leur crainte de voir des grandes entreprises disposant d'amples ressources avoir recours au chapitre 11 de l'ALENA pour contourner les législations et les réglementations nationales qui sont, par ailleurs, légitimes.

Bien que, comme nous l'avons noté, il y ait fort peu d'indices pour conforter cette vision, il y aurait quand même un remède à envisager pour les cas où les gouvernements feraient l'objet de plaintes frivoles ou malveillantes. Il faudrait alors prévoir que les tribunaux puissent imposer des pénalités en faveur de gouvernements qui feraient l'objet de telles plaintes et les tribunaux devraient être encouragés à l'avenir à user pleinement d'une telle disposition.