Document generated on 07/17/2025 7:45 p.m.

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

RDUS

# UNE ÉVOLUTION DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : DE L'ALE À L'ALENA

Helen Antoniou

Volume 24, Number 1, 1993

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1108257ar
DOI: https://doi.org/10.17118/11143/13363

See table of contents

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)
2561-7087 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Antoniou, H. (1993). UNE ÉVOLUTION DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : DE L'ALE À L'ALENA. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, *24*(1), 71–112. https://doi.org/10.17118/11143/13363

Article abstract

With the enactment of NAFTA, North America has become the largest free trade zone in the world and the first to group together countries with such vast economic and political disparities. In light of these disparities, it was imperative that NAFTA contain effective dispute resolution mechanisms which would regularly lead to equitable results in cases of conflict between the contracting parties.

A comparative study of previous mechanisms incorporated in the FTA and in the GATT reveals their deficiencies and illustrates how NAFTA could have addressed these weaknesses to meet the objective of inculcating a higher degree of fairness in the resolution of disputes.

Although innovative in certain respects, the mechanisms under NAFTA regrettably remain subject to the protectionist tendencies of the United States. This attempt at instituting fair and equitable dispute resolution mechanisms to regulate relations between sovereign states appears, once again, to have failed.

Tous droits réservés © Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2023

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

**ARTICLE**

# UNE ÉVOLUTION DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : DE L'ALE À L'ALENA

par Helen ANTONIOU*

*Avec l'entrée en vigueur de l'ALENA, l'Amérique du Nord est devenue la plus importante zone de libre échange du monde et la première à regrouper des partenaires dont le développement industriel et démocratique diffère grandement. Vu ce déséquilibre, la mise en place de mécanismes de règlement des différends justes et efficaces sous l'ALENA était d'importance capitale.*

*Une étude comparative des anciens mécanismes de l'ALE et du GATT permet de voir à quel niveau ces derniers s'étaient avérés déficients et où l'ALENA pouvait innover pour les rendre plus équitables.*

*Pionnier à certains égards, l'ALENA est malheureusement demeuré un témoignage du protectionnisme larvé des États-Unis qui n'ont pas manqué à imposer leur vision, laissant ainsi planer un doute sur la neutralité et l'efficacité des mécanismes retenus.*

---

*. L'auteure est diplômée en droit de l'Université McGill et détentrice d'un D.E.A. de droit international des relations économiques de l'Université Paris II (Panthéon - Assas).

*With the enactment of NAFTA, North America has become the largest free trade zone in the world and the first to group together countries with such vast economic and political disparities. In light of these disparities, it was imperative that NAFTA contain effective dispute resolution mechanisms which would regularly lead to equitable results in cases of conflict between the contracting parties.*

*A comparative study of previous mechanisms incorporated in the FTA and in the GATT reveals their deficiencies and illustrates how NAFTA could have addressed these weaknesses to meet the objective of inculcating a higher degree of fairness in the resolution of disputes.*

*Although innovative in certain respects, the mechanisms under NAFTA regrettably remain subject to the protectionist tendencies of the United States. This attempt at instituting fair and equitable dispute resolution mechanisms to regulate relations between sovereign states appears, once again, to have failed.*

## SOMMAIRE

**I. MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX DE NATURE GÉNÉRALE** . . . . . 78
*(A) Dispositions institutionnelles* . . . . . 79
*(B) Dispositions relatives au règlement des différends* . . . . . 80
(i) Le mécanisme retenu sous l'ALENA . . . . . 80
(ii) Expérience avec le Chapitre 18 de l'ALE . . . . . 85

**II. MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE DE DUMPING ET DE SUBVENTIONS** . . . . . 91
*(A) Mécanismes de règlement des différends spécifiques en matière de droits antidumping et compensateurs* . . . . . 94
(i) Amorce de la procédure . . . . . 95
(ii) Application du mécanisme aux législations nationales . . . . . 98
(iii) Mécanisme d'appel exceptionnel . . . . . 102
(iv) Autres mécanismes de contrôle . . . . . 103
(v) Évaluation du mécanisme du Chapitre 19 . . . . . 104
*(B) Expérience avec le Chapitre 19 de l'ALE* . . . . . 105

**III. ÉVALUATION DES MÉCANISMES** . . . . . 116

> Nous vivons désormais dans un monde où le défi idéologique s'étant désintégré, une nouvelle architecture doit être élaborée. Dans cette perspective l'ALENA est le premier pas, crucial, dans cette direction.
>
> Henry Kissinger[1]

La fin du XXième siècle est caractérisée par un nouvel environnement politico-économique global, marqué par la conclusion d'alliances économiques étatiques guidées par la globalisation de l'économie et par l'émergence du marché unique. C'est dans cette foulée que le Canada, les États-Unis et le Mexique ont ratifié l'*Accord de libre-échange nord-américain*[2] qui est entré en vigueur le 1er janvier 1994, et qui doit aboutir dans quinze ans à la plus grande zone de libre-échange au monde.[3] Tout en élargissant l'Accord conclu en 1988 entre les deux premiers pays,[4] l'ALENA renforcera la position économique des trois nouveaux partenaires à l'échelle mondiale.

Malgré les controverses politiques qui l'ont précédé, l'ALENA apparaît comme le souffle de modernisation requis pour ébranler les barrières protectionnistes existantes entre les trois États contractants, ce qui pourra mener à l'accroissement progressif de leur richesse. L'ALENA se veut en fait une mise en oeuvre moderne de la théorie économique bien connue de la spécialisation des tâches et de la production efficace par la multiplication des échanges issue des doctrines d'Adam Smith, de David Ricardo et de John Stuart Mill :

> «*Ever since Adam Smith, there has been consensus among economists that free trade is in the best interests of the trading countries and the world, as Paul Samuelson put it «free trade promotes a mutually profitable regional division of labour, greatly enhances the potential real national product of all nations and makes possible higher standards of living all over the world.»*[5]

---

1. «Clinton vire de bord», *Le Devoir [de Montréal]* (8 novembre 1993) A8.
2. L'*Accord de libre-échange nord-américain* [ci-après ALENA], P.L. C-115, *Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, 3e sess., 34e Parl., 1993 (sanction royale le 23 juin 1993, chapitre no. 44).
3. Ce traité donnera naissance à un marché commun de plus de 360 millions de consommateurs avec une production cumulée de 6 214 milliards de dollars US par an. Voir «Signature du traité de libre-échange nord-américain», *Le Monde* (9 octobre 1992) 2.
4. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 22 décembre 1987, R.T. Can. 1989 no.3, 7 D.J.I. 209 [ci-après ALE]. Pour un résumé, voir *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, le Commerce : la clé de l'avenir*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 2e éd., 17 novembre 1988 [ci-après *Le Commerce*].
5. H.W. Singer, N. Hatti et R. Tandon, dir., *Trade Liberalization in the 1990's*, vol. 8, New Delhi, Indies, l990 à la p.7.

L'idéal de la mondialisation des marchés, dont les assises ont été établies par l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* en 1947,[6] se fonde sur les principes de liberté des échanges, de non-discrimination et de réciprocité. Même s'il existe une volonté politique de la part des États d'encourager la libéralisation des échanges, le protectionnisme demeure néanmoins à ce jour la réalité prédominante. Comme le souligne George Will, «*free trade ranks just below Christianity and above jogging on the lists of things constantly praised but sporadically practised.*»[7]

Ce protectionnisme ainsi que les frictions qui résultent des pratiques déloyales et anticoncurrentielles exercées par les États afin de protéger leur marché national peuvent menacer les relations inter-étatiques à tous les niveaux. Par conséquent, il est impératif que des procédures de règlement des différends efficaces, impartiales et prévisibles soient établies dans les accords de libre-échange. L'efficacité de ces mécanismes est d'autant plus importante dans le cas de l'ALENA qui est le premier accord du genre à être conclu entre un pays en développement et deux pays industrialisés. Le professeur Castel décrit ainsi l'importance de ces mécanismes :

> «*The maintenance of a harmonious relationship between nations bound by an international agreement requires procedures to avoid conflicts and, should they arise, to resolve them quickly and effectively to the satisfaction of the Parties involved.*»[8]

C'était d'ailleurs le désir d'instaurer de tels mécanismes pour régler les échanges avec son voisin qui a poussé le Canada à entreprendre la négociation d'un premier accord de libre-échange en 1986. La période précédant la négociation de cet accord fut en effet marquée par une forte tendance protectionniste de la part des États-Unis qui furent, entre juin 1980 et juillet 1988, les auteurs de près de 30% de tous les cas de dumping au monde et de 58% de toutes les mesures de rétorsion, lesquelles visaient principalement le Canada.[9]

L'expérience de règlement des différends sous le GATT a été inestimable pour les négociateurs de l'ALE et de l'ALENA. Le Canada, tout

---

6. *General Agreement on Tariffs and Trade*, 1er janvier l948, 55 R.T.N.U. 194 [ci-après GATT]. Pour une explication du système du GATT, voir D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, *Manuel : Droit international économique*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., l990 aux pp. 9l-l68.
7. Cité dans W.C. Graham, «Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement* : One Element of a Complex Relationship», (1992) 37 R.D. McGill 544 à la p. 551.
8. J.G. Castel, «The Settlement of Disputes Under the 1988 Canada-United States Free Trade Agreement», (1989) 83 A.J.I.L. 118.
9. Graham, *supra*, note 7 à la p. 551.

comme le Mexique en 1990, estimait cependant que les mécanismes du GATT de résolution des différends étaient inefficaces. Ces derniers, énoncés aux articles XXII et XXIII de l'Accord général, ont en effet souvent été critiqués pour leurs délais qui demeurent longs,[10] par le fait que certaines décisions rendues par les comités d'experts (les «*panels*») n'ont jamais été honorées et que les rapports des *panels* ne sont pas toujours assez précis pour permettre d'en dégager des principes utiles. De plus, l'ancienne exigence d'un vote unanime du Conseil du GATT pour adopter un rapport du *panel* avait souvent bloqué le processus, car les parties en litige y participaient et choisissaient souvent d'exercer leur droit de veto s'ils estimaient que la décision du *panel* allait à l'encontre de leurs intérêts nationaux.[11]

Avec l'Accord de mi-parcours de Montréal de 1989[12] et l'Accord de l'*Uruguay Round* du 15 décembre 1993,[13] les articles XXII et XXIII de l'Accord général du GATT ont finalement été modifiés afin d'adresser certains de ces reproches et de rétablir un peu de sécurité et de prévisibilité dans les échanges mondiaux.

Les mécanismes de règlement des différends sous l'égide du GATT, tels qu'amendés, peuvent être sommairement décrits comme suit : la première obligation d'une Partie plaignante sur une question relevant de l'opération du GATT est de présenter une demande de consultation à la Partie visée qui devra répondre à cette demande et entrer en consultation avec elle au plus tard dans les trente jours. Si une solution n'est pas trouvée dans les soixante jours de la présentation de la demande de consultation, la Partie plaignante peut alors requérir l'institution automatique d'un *panel* qui sera composé de trois à cinq individus qualifiés dans le domaine des échanges internationaux. Il faut noter que, contrairement à ce qui était le cas avant l'Accord de mi-parcours de 1989 où le consensus des Membres du GATT était nécessaire pour établir un *panel*, la procédure a été inversée en ce que la constitution d'un *panel* est dorénavant automatique à moins que les Membres ne décident unanimement de la bloquer.[14]

---

10. De mai 1988 à août 1992, le délai du moment de la demande de la constitution d'un *panel* jusqu'à la publication de son rapport était de 395 jours en moyenne, et le temps écoulé de la publication du rapport à son adoption était d'à peu près 249 jours. Voir G.N. Horlick et F.A. DeBusk, «Dispute Resolution Under NAFTA : Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID», (1993) J.W.T. 21 aux pp. 36-37.
11. W.J. Davey, «Dispute Settlement in GATT», (1987) 11 Fordham Int'l L.J. 51 à la p. 90; J.H. Jackson, *Restructuring the GATT System*, New York, Royal Institute of International Affairs, l990 à la p. 65.
12. *Décision du 12 avril 1989*, GATT Doc. L/6489 [ci-après Accord de mi-parcours de 1989].
13. Annexe 2 du *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, 15 décembre 1993, UR-93-0246, 10 I.T.R. 2103 [ci-après Accord de l'*Uruguay Round*].
14. E.P. Eichmann, «Procedural Aspects of the GATT Dispute Settlement : Moving Towards Legalism», (1990) 8 Int'l Tax and Bus. L. 38 à la p. 68.

Après avoir étudié les soumissions des Parties, le *panel* remet son rapport aux Membres du GATT. Ceux-ci ont alors vingt jours pour l'étudier et il sera automatiquement adopté dans les soixante jours de sa délivrance sauf si les Membres décident unanimement de le rejeter ou si une des Parties impliquées indique sa volonté de le porter en appel. Il s'agit là d'un deuxième renversement de la procédure, introduit par l'Accord de l'*Uruguay Round*, qui était devenu nécessaire pour empêcher l'exercice abusif du droit de veto de la Partie visée dans le cadre du vote unanime auparavant requis pour adopter un rapport du *panel*.

La procédure d'appel, une autre innovation de l'Accord de l'*Uruguay Round*, permet maintenant un deuxième examen de la question en litige par trois membres d'un nouveau groupe d'appel «permanent» composé de sept individus qui seront nommés pour un terme de quatre ans chacun. Le rapport du groupe d'appel sera adopté automatiquement sauf si les Membres du GATT en décident autrement à l'unanimité. La création d'un tel groupe d'appel composé de membres permanents assurera dorénavant une certaine continuité, renforcera la prévisibilité des décisions et contribuera à définir d'avantage le domaine du droit international des échanges.

Finalement, si la Partie visée ne se conforme pas à la décision du *panel* ou à la décision du groupe d'appel, selon le cas, l'autre Partie pourra à titre de recours ultime suspendre envers la première ses obligations équivalentes en vertu du GATT.

Comme nous l'indiquions, le Canada et le Mexique jugeaient ouvertement que les mécanismes du GATT étaient inefficaces; ceci donna lieu à beaucoup de spéculations et de discussions sur les procédures alternatives dont les Parties pourraient convenir dans le cadre de la négociation d'un accord de libre-échange nord-américain. Une des plus intéressantes fut proposée par l'Association du barreau canadien, l'Association du barreau américain et le barreau du Mexique, qui avaient créé en 1991 un groupe d'étude conjoint chargé d'examiner le fonctionnement des mécanismes de résolution de différends sous l'ALE et de formuler des recommandations quant à ceux qui seraient appropriés pour régir la nouvelle relation tripartite.[15] Les recommandations finales de ce groupe d'étude furent de remplacer les mécanismes d'arbitrage et de groupes spéciaux de l'ALE par un tribunal trilatéral permanent qui aurait juridiction pour entendre toutes les plaintes soumises par l'une des trois Parties; de plus, le groupe d'étude recommenda que les jugements de ce tribunal soient obligatoires et que les Parties s'engagent d'avance à les respecter.

---

15. Pour le texte complet du rapport du groupe spécial, voir (1992) 26 Int'l Lawyer aux pp. 855-869.

Les négociateurs de l'ALENA n'ont finalement pas suivi les recommandations de ce groupe d'étude.[16] Les États signataires n'étaient manifestement pas prêts à abdiquer leur souveraineté sur ces questions. Les négociateurs ont plutôt préféré reprendre les dispositions de l'ALE et les restructurer en tenant compte de la venue du Mexique et en y apportant certaines innovations que nous étudierons plus loin.

L'ALENA contient donc, comme l'ALE, deux principaux mécanismes de règlement des différends[17] qui se retrouvent dans deux chapitres distincts. Nous examinerons tout d'abord les mécanismes établis en vue de régler les différends commerciaux de nature générale (Chapitre 20 de l'ALENA qui est basé sur le Chapitre 18 de l'ALE) (I); ensuite, nous étudierons la procédure particulière établie pour résoudre les différends portant sur les questions spécifiques de droits compensateurs et antidumping (Chapitre 19 des deux accords) (II). Nous entreprendrons notre étude dans le but d'identifier les modifications apportées par l'ALENA et de voir si ces dernières suffisent pour combler les lacunes que l'expérience avec les mécanismes de l'ALE ont pu révéler.

## I. MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX DE NATURE GÉNÉRALE

Le mécanisme de règlement des différends de nature générale établi par le Chapitre 20 de l'ALENA est essentiellement le même que celui du Chapitre 18 de l'ALE. Les modifications apportées par l'ALENA consistent en une amplification de la relation institutionnelle entre les trois États (A), et en un renforcement du mécanisme de règlement des différends (B).

---

16. Notez qu'avant la conclusion de l'ALE, des recommandations semblables - elles aussi rejetées - avaient été faites par l'Association du barreau canadien et l'Association du barreau américain. Voir: Groupe de travail mixte ABA-CBA sur le règlement des différends internationaux, *Settlement of International Disputes Between Canada and the United States of America*, résolutions adoptées par le ABA le 15 août 1979, et par le CBA le 30 août 1979.
17. Il existe aussi d'autres mécanismes spécialisés traitant notamment des questions relatives aux investissements, à l'environnement et à la main d'oeuvre.

### *(A) Dispositions institutionnelles*

Le Chapitre 20 de l'ALENA établit deux institutions destinées à faciliter l'administration conjointe de l'Accord et à régler les différends. Vu la disparité qui existe dans le rapport de force entre les États signataires, cet arrangement était important tant pour le Canada lors de la négociation de l'ALE que pour le Mexique lors de celle de l'ALENA. Ces craintes ont donné naissance à l'objectif fondamental du Chapitre 20, qui est de promouvoir l'équité, la prévisibilité et la sécurité en permettant à chaque partenaire d'avoir accès à des groupes spéciaux objectifs chargés de régler les différends et d'avoir une voix égale dans la résolution de ces derniers.

La première institution établie par le Chapitre 20 est la Commission du libre-échange. Tout comme la Commission mixte du commerce canado-américain, elle doit agir sur la base de consensus et elle est chargée des fonctions suivantes :

(a) diriger la mise en oeuvre et le développement de l'ALENA;

(b) régler les différends qui pourront survenir à l'égard de son interprétation et de son application;

(c) diriger les travaux de tous les comités et groupes de travail institués en vertu de l'ALENA; et

(d) se pencher sur toute autre question pouvant affecter le fonctionnement de l'ALENA.[18]

Cette Commission, qui doit se réunir annuellement,[19] est composée d'un nombre égal de représentants de chacune des trois Parties, y compris la personne de rang ministériel responsable du commerce extérieur de chacune d'elles.

La seconde institution établie par le Chapitre 20 est le Secrétariat. Contrairement à l'ALE, où les fonctions du Secrétariat binational se limitaient surtout à prêter main-forte aux groupes spéciaux de règlement des différends, l'ALENA lui confère un rôle beaucoup plus actif. L'article 2002 de l'ALENA prévoit par exemple que le Secrétariat sera chargé d'assister la Commission, d'assurer un soutien administratif aux groupes spéciaux et aux comités et de faciliter, de façon générale, le fonctionnement de l'Accord. Cette institution sera présente dans chaque pays avec des bureaux permanents à Ottawa, Washington

---

18. Article 2001(2) de l'ALENA (article 1802 de l'ALE).
19. Article 2001(5) de l'ALENA.

et Mexico. Il semble que l'ALENA jouira par conséquent d'une présence institutionnelle plus marquée que l'ALE, ce qui s'avérera certes utile dans la mesure où d'autres nations décideraient de s'adjoindre à l'ALENA.

***(B) Dispositions relatives au règlement des différends***

La nature du mécanisme de règlement des différends commerciaux de nature générale, tout comme les mécanismes plus spécialisés, ont fait l'objet de bien des débats dans le cadre de la négociation de l'ALENA. Le Canada, tout comme le Mexique, aurait bien voulu voir substituer à l'ancien mécanisme du Chapitre 18 de l'ALE une procédure s'apparentant davantage à un tribunal trilatéral, comme l'avait recommandé le groupe d'étude formé en 1991 par l'Association des barreaux canadien et américain ainsi que celui du Mexique.[20]

Face surtout à la réticence des États-Unis sur cette question, les négociateurs de l'ALENA se sont finalement contentés de reprendre les dispositions du Chapitre 18 de l'ALE en y apportant certaines modifications que nous identifierons plus loin.

**(i) Le mécanisme retenu sous l'ALENA**

Tout comme son prédécesseur, le mécanisme de règlement des différends prévu au Chapitre 20 de l'ALENA est à la fois souple et efficace. La souplesse de l'ALENA est marquée par le fait que la Partie plaignante, lorsque le différend se rapporte à la fois au GATT et à l'Accord, est libre de choisir le mécanisme prévu par l'un ou l'autre de ces traités.[21] Si la Partie plaignante choisit le mécanisme de l'ALENA, le Chapitre 20 établit une procédure dont l'efficacité est assurée par des délais stricts.

L'ALENA prévoit trois étapes pour le règlement des différends. Comme dans la plupart des autres accords économiques inter-étatiques, tel le GATT, l'ALENA accorde la priorité aux arrangements à l'amiable par voie de consultation.[22] On peut constater que c'est la méthode privilégiée, indispensable

---

20. *Supra*, note 15.
21. Il faut noter que si la Partie plaignante choisit le mécanisme du GATT, elle doit notifier la tierce Partie de l'ALENA de son choix. Si celle-ci veut se joindre à l'affaire en tant que demandeur mais qu'elle ne désire pas soumettre le différend à un *panel* du GATT, des consultations ont lieu pour que les deux Parties s'entendent sur le forum désiré. Au cas où les Parties ne peuvent se mettre d'accord, le différend devra être réglé par le processus de l'ALENA. Une fois le choix fait, la procédure choisie sera utilisée à l'exclusion de toute autre.
22. Articles 2006-2008 de l'ALENA (article 1804 de l'ALE). Ceci est conforme à l'axiome de droit international que les meilleures solutions sont celles qui sont négociées. Pour une description de la méthode de négociation, voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*,

pour le règlement des différends, car elle permet aux Parties de définir clairement leurs positions et arguments respectifs sans l'intervention d'un tiers. En fait, la section de l'ALENA traitant du règlement des différends débute par une invitation générale exhortant les Parties à «s'entendre sur l'interprétation et l'application du présent accord» et à s'engager «par la coopération et la consultation, à trouver une solution mutuellement satisfaisante à toute question».[23]

Par le biais de son bureau national du Secrétariat, une Partie peut donc demander des consultations avec une autre. L'ALENA permet de plus à l'État qui n'est pas impliqué dans le différend mais qui estime que ses propres intérêts sont en jeu, de participer aux consultations et aux représentations devant les groupes spéciaux. En revanche, cet État tiers n'a le droit ni de recevoir, ni de commenter le rapport final du groupe spécial.[24]

Les Parties sont limitées à un délai de trente à quarante-cinq jours à compter de la date à laquelle la demande de consultation est faite pour compléter leurs consultations et trouver une solution. S'il est impossible de régler le différend dans ces délais, la Commission du libre-échange peut intervenir à la demande d'une Partie. La Commission doit alors être convoquée par voie de demande écrite exposant la question en litige et précisant les dispositions de l'Accord applicables. Elle doit se réunir dans les dix jours suivant la demande et s'efforcer de régler le différend dans les meilleurs délais.[25] Notons ici la souplesse du système qui donne à la Commission une vaste gamme de pouvoirs pour lui permettre de parvenir à une entente. L'article 2007 envisage en effet le recours aux bons offices, à la médiation, à la conciliation (la convocation d'une réunion d'experts sur la question, par exemple) ou à d'autres procédures semblables. Si la Commission ne parvient pas à régler le différend dans un délai de trente jours, toute Partie consultante peut alors demander la création d'un groupe spécial en vertu de l'article 2008 de l'ALENA.[26]

Le Chapitre 20 de l'ALENA reprend essentiellement les dispositions du Chapitre 18 de l'ALE quant à la procédure suivie par les groupes spéciaux, avec quelques exceptions que nous examinerons plus loin. Comme auparavant, le

---

Paris, Dalloz-Sirey, 1992 à la p. 376, para. 506.

23. Article 2003 de l'ALENA.
24. L'article 2016(2) de l'ALENA stipule que le rapport final sera soumis «aux Parties en litige».
25. Article 2007(2), (3) & (4) de l'ALENA (article 1805(1) de l'ALE).
26. Il faut noter que sous l'article 1806 de l'ALE, il existait un mécanisme d'arbitrage obligatoire lorsqu'il s'agissait de mesures d'urgence prises dans le cadre du Chapitre 11 ou tout autre litige si les Parties en convenaient ainsi. L'arbitrage obligatoire n'est plus une option pour les Parties à l'ALENA. Cette méthode, qui allait à l'encontre de la souveraineté des Parties, n'avait jamais été employée pour régler des différends entre le Canada et les États-Unis - elle n'a donc pas été incluse dans l'ALENA.

mandat d'un groupe spécial est de déterminer si la mesure contestée de l'État défendeur est compatible avec ses obligations aux termes de l'ALENA. À compter de son institution, ce groupe a trois mois pour rendre aux Parties un rapport initial présentant ses conclusions quant à la compatibilité de la mesure contestée ainsi que ses recommandations pour régler le différend.[27] Les Parties ont ensuite quatorze jours pour accepter ou rejeter la totalité ou une partie du rapport et pour présenter un exposé écrit à la Commission et au groupe spécial motivant leurs objections, s'il en est.[28] Après avoir pris connaissance des commentaires des Parties, le groupe spécial réexamine son rapport initial et soumet un rapport final, rendu public dans les trente jours de la remise du premier.[29]

Contrairement à l'ALE qui stipulait que la Commission devait statuer sur la résolution du différend en se basant sur le rapport du groupe spécial, l'ALENA prévoit plutôt qu'il incombe aux Parties elles-mêmes de parvenir à une solution à partir des recommandations et conclusions du rapport final.[30] On constate donc que le rôle de la Commission est diminué à cet égard, ce qui est probablement préférable dans la mesure où la Commission aura déjà échoué dans sa tentative de régler le différend en question et n'a probablement plus ni la crédibilité ni l'objectivité requises pour être très utile à ce stade du processus. D'autre part, cette mise à l'écart de la Commission démontre la volonté des Parties de reconnaître un rôle plus important aux groupes spéciaux qui ne sont dorénavant plus que de simples consultants dont la tâche est d'assister la Commission dans ses efforts de résolution des différends; le recours aux groupes spéciaux est devenu une seconde étape distincte dans le mécanisme de règlement des différends prévu par l'ALENA.

Finalement, si les Parties ne peuvent s'entendre sur une solution acceptable dans les trente jours de la réception du rapport final d'un groupe spécial, il est prévu, comme à l'article XXIII du GATT et au Chapitre 18 de l'ALE, que la Partie plaignante peut suspendre des avantages équivalents jusqu'à ce que le différend soit réglé.[31] La rétorsion demeure donc la mesure ultime sous l'ALENA.

Même si le droit de la Partie plaignante de prendre des mesures équivalentes peut avoir un effet dissuasif, il demeure que la nature du «tac au tac» d'un tel système peut finalement aboutir à l'instauration de nouvelles barrières d'échanges plutôt qu'à l'élimination de la mesure qui a causé le

---

27. Article 2016(2) de l'ALENA (article 1807(5) de l'ALE).
28. Article 2016(4) de l'ALENA (article 1807(5) de l'ALE).
29. Article 2017 de l'ALENA (article 1807(6) de l'ALE).
30. Article 2018(1) de l'ALENA.
31. Article 2019(1) de l'ALENA (article 1807(9) de l'ALE).

différend. Peut-être aurait-il fallu que les États signataires aient accepté de rendre les décisions des groupes spéciaux obligatoires? On constate, encore une fois, que les États tiennent à garder leur pouvoir décisionnel souverain intact.

Dans l'ALENA, on a par contre tenté d'atteindre un certain compromis en prévoyant que si la Partie plaignante juge la rétorsion de l'autre excessive, elle pourra demander à un groupe spécial d'examiner les mesures commerciales qui auront pu lui être imposées.[32] De plus, comme l'observaient Gary Horlick et Debra Valentine à propos de l'ALE, le droit de rétorsion contenu à cet accord est plus limité et effectif que celui du GATT :

> «*The possibility of direct, prompt retaliatory action appropriately limited to the particular matter complained of should also help to encourage the mutual resolution and avoidance of disputes. It is preferable to the GATT practice under which parties have greater leeway to retaliate in ways that escalate or widen the dispute to encompass areas not originally involved.*»[33]

Même si le mécanisme retenu au Chapitre 20 de l'ALENA est loin d'être aussi avant-gardiste que certains observateurs auraient pu le souhaiter, force est d'admettre qu'il comporte des avantages certains par rapport à la procédure équivalente sous le GATT. En effet, le mécanisme retenu, tout comme celui qu'on retrouvait déjà sous le Chapitre 18 de l'ALE, est en pratique plus efficace et rapide parce qu'il prévoit des délais fixes pour chaque étape de la procédure et que les décisions des groupes spéciaux ne peuvent faire l'objet d'aucun appel. Ainsi, si tous les délais sont respectés, une solution à un différend devrait pouvoir intervenir moins de neuf mois après le début du processus, alors que celui-ci durait jusqu'à deux ans dans le cadre du GATT. De plus, étant donné que les Parties ont défendu aux fonctionnaires de leurs gouvernements respectifs de participer aux groupes spéciaux, l'indépendance de ces groupes est mieux assurée. Enfin, les individus choisis pour faire partie de ces groupes étant des experts dans le domaine visé, leurs décisions seront probablement plus cohérentes.

---

32. Article 2019(3) de l'ALENA.
33. G.N. Horlick et D.A. Valentine, «Improvements in Trade Remedy Law and Procedures Under the Canada-United States Free Trade Agreement», à la p. 42.

### (ii) Expérience avec le Chapitre 18 de l'ALE

Depuis sa création en 1989, la Commission mixte du commerce canado-américain n'a examiné que peu de questions sous les auspices du Chapitre 18 de l'ALE.[34] Des différends soumis à la Commission, seulement cinq ont résulté en l'établissement de groupes spéciaux : les autres ont été directement résolus par la Commission.

La plupart des questions soulevées en vertu du Chapitre 18 de l'ALE devant la Commission ou un groupe spécial portaient sur l'application de mesures normatives nationales à l'importation de produits. Il est clair qu'afin d'assurer des standards de qualité, il faut imposer certaines normes. À l'occasion, il arrive cependant que ces normes soient plutôt établies pour favoriser les entreprises nationales au détriment de concurrents étrangers. En vertu du GATT, les pays ne doivent faire de discrimination entre leurs produits et les produits importés ni en appliquant des règlements, ni en utilisant ces règlements comme obstacles déguisés au commerce.[35] Ainsi, dans tous les cas qui se sont présentés en vertu de l'ALE, la Commission et les groupes spéciaux ont dû décider si les mesures normatives contestées étaient justifiées en l'espèce ou si elles étaient simplement destinées à nuire aux importations autrement concurrentielles de l'autre État.

Examinons donc la façon dont certaines de ces questions ont été traitées dans le cadre de l'ALE. La base de la première requête présentée en vertu du Chapitre 18, l'affaire du *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*,[36] était un règlement canadien qui prohibait l'exportation du saumon et du hareng non transformés. Les États-Unis ont contesté cette mesure devant un *panel* du GATT, lequel leur a donné raison en jugeant la réglementation canadienne

---

34. Parmi les cinq cas résolus par les groupes spéciaux, deux étaient renvoyés par le gouvernement des États-Unis: *Saumon et hareng de la côte Ouest du Canada* (1989), 2 T.C.T. 7162 (Ch. 18 Groupe spéc.), 1 T.T.R. 237 [ci-après *Saumon et hareng de la côte du Pacifique* avec renvois aux T.C.T.]; et *Interprétation et observation de l'article 701.3 par le Canada en ce qui concerne le blé dur* (8 février 1993), CDA-92-1807-01 (Ch.18 Groupe spéc.). Les cas renvoyés à des groupes spéciaux par le Canada sont les suivants: *Réglementation américaine sur le homard* (1990), 3 T.C.T. 8182 (Ch.18 Groupe spéc.), 2 T.T.R. 72 [ci-après *Homards du Canada* avec renvois aux T.C.T.]; *Traitement des intérêts non hypothécaires aux termes de l'article 304* (8 juin 1992), USA-92-1807-01 (Ch. 18 Groupe spéc.); *Réglementation de Porto Rico sur l'importation, la distribution et la vente de lait UHT du Québec* (3 juin 1993) USA-93-1807-01 (Chp. 18 Groupe spéc.).
35. L'*Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*, GATT (1979), Supp. no. 26 I.B.D.D. (1980) 9, conclu lors des négociations commerciales multilatérales du *Tokyo Round* (1973-1979) et suppléé par l'Accord de l'*Uruguay Round*, expose en détail des règles de procédure visant à aider les pays à régler les différends qui pourraient survenir dans l'application des normes.
36. *Supra*, note 34.

incompatible avec l'article XI de l'Accord Général.[37] Par conséquent, le Canada a substitué à l'interdiction d'exportation une obligation de «débarquement», de sorte que tout saumon et tout hareng capturé sur la côte ouest du Canada devait être «débarqué» au Canada dans une station autorisée. Selon les autorités canadiennes, cette mesure était nécessaire afin de déterminer le quota de poissons capturés dans le but de contrôler leur conservation.

Les États-Unis ont contesté ces nouvelles mesures canadiennes en présentant cette fois une demande de consultations sous l'égide de l'ALE. Ces dernières n'ont pas abouti et, au printemps 1989, les États-Unis ont demandé l'institution d'un groupe spécial. Le mandat de ce dernier était de déterminer si l'obligation de débarquement était une restriction à l'exportation telle qu'envisagée à l'article XI:1 du GATT et, dans l'affirmative, si elle pouvait néanmoins être permise par le truchement des exceptions prévues à l'article XX relativement à la protection de l'environnement.[38] En octobre 1989, le groupe spécial rendit sa décision. Il jugea tout d'abord que la mesure canadienne était une restriction à l'exportation au sens de l'article XI:1, malgré son application égale aux poissons pour vente domestique qu'à ceux destinés à l'exportation, au motif que l'obligation de débarquement imposait un fardeau plus lourd aux pêcheurs étrangers qu'à ceux du Canada.[39]

En revanche, le groupe spécial reconnut la légitimité des préoccupations environnementales du Canada pour lesquelles l'article XX du GATT prévoit des exceptions. Sur cette question, l'analyse du groupe est intéressante en ce qu'elle fait usage d'un critère de «proportionnalité» - une notion européenne relativement peu employée dans ce contexte par les juristes nord-américains.[40] Le groupe se demanda si l'objectif de conservation de l'obligation de débarquement justifiait l'entorse faite à la libre circulation des biens et s'il n'existait pas une autre méthode moins radicale qui aboutisse au même résultat.[41] Le groupe spécial conclut qu'il n'était pas nécessaire que la totalité des poissons et crustacés capturés soient débarqués au Canada pour permettre d'assurer un contrôle adéquat de la conservation des espèces.[42] Le groupe estima plutôt que seulement 80 à 90 p. cent des poissons et crustacés pêchés devraient être

---

37. *Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon (United States c. Canada)* (1988), GATT Doc. L/6268, Supp. no. 35 I.B.D.D. (1988) 98.
38. Voir T.L. McDorman, «Using the Dispute Settlement Regime of the Free Trade Agreement: The West Coast Salmon and Herring Problem», (1990)1 C.U.B.L.R. 177.
39. *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*, *supra*, note 34 aux pp. 7170-71.
40. Graham, *supra*, note 7 à la p. 561.
41. *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*, *supra*, note 34 aux pp. 7173-77.
42. Le groupe spécial a déterminé que l'obligation de débarquer 100% de la pêche «*could not be said to be primarily aimed at conservation*» tel que défini dans l'article XX(g) du GATT et a donc trouvé qu'il n'avait pas d'exemption sous l'article 1201 de l'ALE. *Ibid.* aux pp. 7175 et 7179.

débarqués au Canada et que le reste pourrait être expédié directement aux États-Unis.[43]

Par contre, après l'émission du rapport du groupe spécial, les Parties ne pouvaient s'entendre sur le sens à donner à ses conclusions.[44] Des négociations ont eu lieu, et la Commission est finalement parvenue à un consensus. Celui-ci permettait au Canada de maintenir ses obligations de débarquement tout en exemptant les pêcheurs américain pour 25 p. cent de leur part de saumon et de hareng.[45] Avec ce compromis, les manufacturiers américains avaient un meilleur accès aux eaux de la côte ouest, tandis que le Canada pouvait maintenir ses exigences de débarquement envers les autres pays qui pêchaient dans ses eaux comme, par exemple, le Japon.

Contrairement au premier, le deuxième différend traité sous le Chapitre 18, l'affaire des *Homards du Canada*,[46] illustre plutôt les faiblesses de ce mécanisme - les enjeux politiques jouent encore un rôle trop important. La question soulevée dans cette affaire était de savoir si l'alinéa 307(1) (J) de la *Magnuson Fishery Conservation and Management Act*, qui interdit la vente de homards vivants de petite taille aux États-Unis, équivaut à une restriction à l'importation au sens de l'article XI:1 du GATT (article 407 de l'ALE); et, dans l'affirmative, si cette disposition pouvait néanmoins être permise en tant que mesure conservatoire au sens de l'article XX(g) (article 1201 de l'ALE).

Malgré la similitude de la question en litige avec celle de l'affaire traitée précédemment, le mandat donné au groupe spécial fut toutefois beaucoup plus circonscrit. Au lieu de pouvoir s'attarder à la question fort pertinente de déterminer si la législation américaine sur les homards discriminait injustement contre les homards importés, le groupe fut chargé de résoudre le différend sur des bases purement techniques à savoir si l'article XI:1 ou l'article III (traitement national) du GATT s'appliquait en l'espèce. En rejetant l'argumentation canadienne, la majorité du groupe spécial - les trois des cinq membres qui étaient de nationalité américaine - a conclu que la réglementation contestée ne contrevenait pas à l'article XI:1 car elle ne distinguait pas entre les homards importés et les homards domestiques et qu'il s'agissait en l'espèce plutôt d'une «mesure interne» régie par l'article III.[47] Par conséquent, la question de

---

43. *Ibid*., aux pp. 7177-78.
44. Voir «A Bad Start to Trade Process», *The Financial Post* (27 novembre 1989) 12; H. Solomon, «Panel Brings End to Salmon Fishery Dispute», *The Financial Post* (26 octobre, 1989) 11.
45. Gouvernement du Canada, Communiqué 90/38, «Decision of the Canada-United States Trade Commission on the Elements of an Agreement in Respect to the Matter of West Coast Salmon and Herring», (22 février 1990).
46. *Supra*, note 34.
47. *Ibid.*, aux pp. 8198-8210.

l'application de l'article XX(g) du GATT n'a jamais pu être soulevée, et, contrairement à l'affaire du *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*, on n'eut pas recours à la notion de proportionnalité, à savoir si l'objectif des mesures législatives américaines était une entrave raisonnablement permise au principe de la libre circulation des biens. Le gouvernement canadien a rejeté cette décision. Cependant, la réglementation américaine reste en vigueur et est appliquée à ce jour aux homards canadiens.

Les circonstances entourant le déroulement de cette affaire, plus que la décision elle-même, ont démontré à quel point le mécanisme du Chapitre 18 de l'ALE était susceptible de subir les pressions politiques des Parties impliquées. En premier lieu, le Canada et les États-Unis ont tous deux exercé à plusieurs reprises le droit de veto dont jouissaient les Parties sous l'ALE dans le cadre de la sélection des membres du groupe spécial. En deuxième lieu, suite à une fuite de la teneur du rapport préliminaire,[48] les pressions politiques ouvertes sont devenues évidentes et la confiance publique en ce mécanisme de règlement s'est amoindrie. On a alors vu, comme le craignaient certains auteurs, que la Commission, une institution jouissant pourtant théoriquement d'un certain niveau d'indépendance, peut facilement subir des pressions politiques externes et être sujette à l'influence indue des Parties à l'Accord.[49]

Ce risque de politisation n'a pas été ignoré par les négociateurs de l'ALENA. Afin de tenter de l'éliminer, ils ont établi une méthode novatrice de sélection des membres d'un groupe spécial qui vise à assurer son efficacité et son impartialité. Au lieu d'avoir des listes séparées de personnes habilitées à faire partie du groupe spécial, comme c'était le cas sous l'ALE, l'ALENA stipule à son Chapitre 20 que les trois États signataires établiront par consensus une liste commune de trente experts commerciaux, juridiques et autres (cette qualification d'expert n'étant pas prévue par l'ALE). C'est à partir de cette liste que les cinq membres de chaque groupe spécial seront choisis suivant une nouvelle méthode de «sélection inverse».[50] En vertu de celle-ci, les deux Parties en désaccord doivent d'abord s'entendre sur le président du groupe spécial dans un délai de quinze jours à partir de la date de demande de son institution. À défaut d'accord, il y a un tirage au sort; la Partie gagnante doit alors nommer un individu qui n'est pas un de ses propres citoyens, donc un citoyen d'un des deux

---

48. C. Graham, «Leak Hints Trade Panel's First Ruling Favours U.S.», *The Toronto Star* (23 septembre 1989), C1.
49. S. Clarkson, «The Canada-United States Trade Commission: The Political Implications of CUSTER» dans M. Gold et D. Leyton-Brown, dir., *Trade-offs on Free Trade*, Toronto, Carswell, 1988, 160 à la p. 160 et s.; S.J. Toope, «Dispute Settlement Under Canada-United States Free Trade Agreement» dans *Access to Market Under the Canada-U.S. Free Trade Agreement*, Conférence de l'Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal, 1987 aux pp.7-10.
50. Article 2011 de l'ALENA.

autres pays partie à l'ALENA, ou encore d'un pays neutre, pour présider le groupe. Par la suite, la Partie défenderesse choisit deux membres du groupe parmi les citoyens de la Partie plaignante et cette dernière en choisit deux autres qui sont citoyens de la Partie défenderesse.[51] Pour les différends qui opposent les trois Parties, les membres du groupe spécial seront choisis de la même façon. Les trois pays devront se mettre d'accord sur le président. Si c'est impossible, le choix se fera par tirage au sort et la Partie gagnante devra choisir un président qui n'est pas l'un de ses propres ressortissants. Les deux Parties plaignantes nommeront alors deux membres parmi les citoyens du pays défendeur, lequel désignera à son tour un membre ressortissant de chacune des Parties plaignantes.[52] Cette méthode de sélection et le recours à une liste commune devraient accroître l'impartialité des groupes spéciaux.

En plus du problème de la politisation du processus de règlement des différends sous l'ALE, l'expertise et la compétence des membres des groupes spéciaux est un autre sujet qui a fait couler beaucoup d'encre lors de la négociation de l'ALENA; plus particulièrement, on s'interrogeait sur la capacité des membres des groupes spéciaux pour régler des questions portant sur les obstacles techniques au commerce. Les groupes de pression environnementaux, à titre d'exemple, prétendaient qu'ils n'avaient pas la formation requise pour répondre à ces questions.[53] Par conséquent et contrairement à l'ALE, l'ALENA contient des procédures spéciales qui permettent dorénavant aux groupes spéciaux d'obtenir des avis d'experts sur les questions environnementales, les normes techniques et d'autres sujets connexes au cours de leurs délibérations.[54] Ceci devrait contribuer à accroître la crédibilité des groupes spéciaux et, partant, faciliter le règlement des différends sur la base de leurs rapports.

Finalement, l'ALENA corrige une autre lacune de l'ALE quant à la procédure à suivre lorsqu'une question d'interprétation ou d'application de l'Accord se pose au cours d'un différend entre parties privées dans un forum national. L'article 2020 de l'ALENA prévoit que ces questions peuvent dorénavant être soumises à la Commission après avis aux autres Parties. Cette

---

51. Article 2011(1) de l'ALENA. Pour donner un exemple concret, si un différend survient entre le Canada et les États-Unis, l'une de ces deux Parties peut demander l'institution d'un groupe spécial. Si jamais les deux Parties ne peuvent s'entendre sur un président, il y aurait un tirage au sort. Supposons que le Canada gagne, il devra choisir un individu qui n'est pas ressortissant du Canada pour présider le groupe spécial. Ensuite, les États-Unis sélectionneront deux membres du groupe spécial, ressortissants d'un pays autre que les États-Unis. Finalement, le Canada nommera deux membres qui seront citoyens des États-Unis.
52. Article 2011(2) de l'ALENA.
53. Voir, Rapport Spécial «Draft Dispute Settlement Text Leaves NAFTA-FTA Priority Unresolved», *Inside U.S. Trade* (31 juillet 1992).
54. Article 2015 de l'ALENA.

disposition encourage une interprétation homogène de l'Accord et devrait contribuer à son développement cohérent.

## II. MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE DE DUMPING ET DE SUBVENTIONS

Les pratiques dites «déloyales», telles que le dumping et l'attribution de subventions, sont en principe interdites dans les échanges internationaux. Sous l'empire du GATT, les règles relatives au dumping se retrouvent à l'article VI de l'Accord général, et celles relatives aux subventions à ses articles VI et XVI, le tout tel que complété par des codes supplémentaires adoptés en 1979 suite aux négociations du *Tokyo Round*[55] et en 1993 suite aux négociations de l'*Uruguay Round*. Cette réglementation définit le dumping comme une pratique «qui permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à la valeur normale»[56], et une subvention comme incluant le «soutien des prix qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations d'un produit du territoire de ladite partie contractante.»[57] Un État qui se sent lésé par de telles pratiques déloyales d'un autre État peut alors se prévaloir de «procédures de défense» commerciales - de droits antidumping et compensateurs - afin d'équilibrer la concurrence injuste qui en résulte. Les textes du GATT établissent clairement les modalités des différentes étapes de ces mécanismes de défense; pourtant, les critères applicables se sont révélés en pratique trop imprécis et ont mené à des interprétations souvent divergentes de la part des différents États.[58]

Par conséquent, un bon nombre de pays se sont dotés de réglementations unilatérales en vue de se protéger plus adéquatement contre certaines pratiques qui ne sont pas expressément visées par le Code antidumping ou par le Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs. Avec le temps, par contre, il est devenu de plus en plus évident que ces lois nationales, conçues à l'origine pour faciliter les échanges et les rendre plus équitables, sont devenues des armes

---

55. *Accord relatif à la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général*, GATT (1979), Supp. no.26 I.B.D.D. (1980) 171 [ci-après Code antidumping]; *Accord relatif à l'interprétation et l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général*, GATT (1979), Supp. no.26 I.B.D.D. (1980) 56 [ci-après Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs]. Le Canada a mis en oeuvre ces deux accords avec la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. 1985, c. S-15, tandis que les États-Unis l'ont fait par le *Trade Agreements Act of 1979*, Pub.L. No. 96-39, 93 Stat. 144, 150 (1979), et le Mexique par les *Réglementations du commerce extérieur du Mexique*, *infra*, note 69.
56. Article VI(1) de l'Accord général qui est complété par l'article 2(a) du Code antidumping.
57. Article XVI(a)(1) de l'Accord général qui est complété par le Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs.
58. Il n'y a pas de définition dans les textes du GATT de la notion de «concurrence déloyale» ni de la notion de «pratique commerciale déloyale». On espère que l'Accord de l'*Uruguay Round* se révélera assez précis pour parvenir à combler certaines de ces lacunes.

protectionnistes. Les critères de celles-ci sont souvent appliqués subjectivement et leur manque de transparence les rendent nuisibles; l'incertitude qui en résulte réduit l'efficacité des échanges internationaux.

Les États-Unis sont accusés de recourir couramment à l'imposition de droits compensateurs et antidumping afin de protéger leurs propres entreprises. Comme le constate Michael Trebilcock, «*[i]t is widely noted that in practice CVD [countervailing duty] actions are almost entirely the preserve of the U.S.*»[59]. Ainsi, entre 1980 et 1986, onze recours contre des produits canadiens et vingt-six contre des produits en provenance du Mexique on été intentés aux États-Unis; de ces recours, dix-neuf ont résulté en des ordonnances restrictives au commerce sous une forme ou une autre.[60] Dès lors, l'application de droits compensateurs et antidumping est devenu un grief important contre le gouvernement américain, dont les politiques mettaient en question «l'accès» au marché américain.[61] Alors que le Canada et le Mexique soutenaient que la législation américaine était appliquée de façon protectionniste, les États-Unis contestaient quant à eux les subventions octroyées par ses deux futurs partenaires au bénéfice de certaines de leurs industries nationales.[62]

Lors des négociations de l'ALE, le Canada a tenté d'éliminer le recours à ces régimes nationaux pour mettre en place un système unique applicable aux deux pays, ce qui aurait également permis la mise en place d'un système de règlement des différends semblable à celui du Chapitre 20 de l'ALENA. Les

---

59. M. Trebilcock, «Is the Game Worth the Candle? Comments on a Search for Economic and Financial Principles in the Administration of the U.S. Countervailing Duty Law», (1990) Law & Pol'y Int'l Bus. 723 à la p.723.
60. Ceci contraste avec la situation au Canada où depuis l'adoption en 1984 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, *supra* note 55, jusqu'à 1987, il n'y a eu que onze cas déposés en tout et partout dont un seul contre les États-Unis. Durant la même période, les industries américaines soumettaient 300 cas. Voir Table 4.6 dans S. Weintraub, *A Marriage of Convenience: Relations Between Mexico and the United States*, New York, Oxford University Press, 1990 aux pp. 81-82.
61. Les dispositions du «super 301» de l'*Omnibus Trade Act*, *infra* note 68, étaient fortement contestées par le Canada et le Mexique. Celles-ci permettent au Représentant des États-Unis pour les négociations commerciales d'identifier les «pays prioritaires» qui se livrent à des pratiques commerciales déloyales et préjudiciables aux intérêts américains et de mettre en oeuvre unilatéralement à leur encontre des mesures de rétorsion si ils ne les corrigent pas. Voir Carreau, Flory et Juillard, *supra* note 6, à la p.271.
62. Les subventions octroyées par le gouvernement mexicain aux producteurs de marchandises exportées aux États-Unis se sont avérées plus importantes que celles allouées par le gouvernement canadien. Par conséquent, un accord bilatéral, intitulé *Understanding Between the United States and Mexico Regarding Subsidies and Countervailing Duties*, fut signé le 23 avril 1985 entre les deux gouvernements, en vertu duquel un nombre de programmes mexicains de subventionnement furent éliminés. Voir G.C. Smith, «The United States-Mexico Framework Agreement; Implications for Bilateral Trade», (1989) 20 Law & Pol'y Int'l Bus 655 aux pp. 660-61.

États-Unis ont cependant refusé et les négociations ont alors presque achoppé.[63] La même tentative a été reprise par le Mexique (avec le soutien du Canada) en 1990, mais les États-Unis sont restés fermes sur leur position. Par conséquent, la seule autre solution était de concevoir un mécanisme de règlement des différends distinct qui mènerait les trois pays à aligner leurs politiques commerciales et économiques nationales avec les objectifs de non-discrimination et de transparence énoncés au Chapitre 1 de l'ALENA. Ceci a mené à l'inclusion du Chapitre 19 à l'ALENA qui est destiné, comme c'était le cas pour le Chapitre 19 de l'ALE, à assurer «une concurrence loyale afin de garantir aux agents économiques de part et d'autre de la frontière l'égalité d'accès à toute la zone de libre-échange établie aux termes de l'Accord.»[64]

### *(A) Mécanismes de règlement des différends spécifiques en matière de droits antidumping et compensateurs*

Sous l'article 1907 de l'ALE, les Parties s'étaient mises d'accord pour négocier et mettre en place un régime unique de réglementation concernant la fixation de prix inéquitables et des subventions gouvernementales dans un délai de cinq ans à partir du 1er janvier 1989. La pénalité sanctionnant l'absence d'accord dans les délais prévus était sévère : l'une ou l'autre des Parties pouvait dénoncer l'Accord sur simple préavis de six mois.[65] L'ALENA a éliminé cette date-butoir. Les trois Parties signataires ont plutôt décidé de s'engager à créer des groupes de travail portant sur la définition de subvention et de dumping de même que sur la modification des mécanismes de règlement des différends commerciaux - mais tout ceci sans prévoir ni de délai fixe ni de dénonciation de l'Accord en cas d'échec. Deux groupes de travail ont récemment été formés dans le but de résoudre ces questions d'ici le 31 décembre 1995.[66]

Dans l'intérim l'ALENA, tout comme l'ALE, prévoit que les législations nationales sur les droits antidumping et compensateurs resteront en vigueur. Au Canada, la législation applicable est la *Loi sur les mesures spéciales*

---

63. J.P. McIlroy, «Antidumping and Countervailing Duties Dispute Resolution under the Canada-United States Free Trade Agreement - The First Year in Review», (1991) Can.-U.S. Bus. L. Rev. 190 à la p. 191. L'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends en matière de dumping et de subventions dans l'ALE était une condition *sine qua non* pour le Canada. Voir M. Hart, «A Lower Temperature: the Dispute Settlement Experience Under the Canada-United States Free Trade Agreement», (1991) Am. Rev. Can. Stud. 193 à la p. 205.
64. T.V. Vakerixs, D.I. Wilson et K.G. Weigel, *Antidumping, Countervailing Duty, and Other Trade Actions*, New York, Practising Law Institute, 1987 aux pp. 193-271; *Le Commerce*, *supra*, note 4 à la p. 287.
65. Article 1906 de l'ALE.
66. 10 I.T.R. 2051 (8 décembre 1993).

*d'importation*;[67] aux États-Unis c'est le *Tariff Act of 1930*;[68] et au Mexique la législation applicable est *Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Comercio Exterior*.[69] Ces trois régimes nationaux sont basés sur les principes du GATT et exigent la preuve à la fois d'une pratique illicite, d'un «préjudice important» au marché national[70] et d'un lien de causalité entre les deux pour imposer des droits antidumping ou compensateurs.

### (i) Amorce de la procédure

Le Chapitre 19 de l'ALENA stipule que si le gouvernement d'un État signataire souhaite contester une décision finale[71] sur une question de dumping ou de subventions rendue par l'organisme d'enquête compétent d'un autre État

---

67. *Supra*, note 55.
68. L'article 337 du *Tariff Act of 1930*, 19 U.S.C. [ci-après *Tariff Act of 1930*] - amendé par la Section 301 du *Trade and Tariff Act of 1984*, Pub. L. 98-573, 24 I.L.M. 823, qui elle-même a été remplacée par la «super 30l» du *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, Pub. L. 100-418, 28 I.L.M. 15 [ci-après *Omnibus Trade Act*].
69. Cette législation fut adoptée en 1986, lorsque le Président Miguel de la Madrid remplaça les législations protectionnistes de son pays par une structure douanière fondée sur les principes du GATT. Diario Oficial [D.O.], 13 janvier 1986 [ci-après *Loi du commerce extérieur du Mexique*], et *Regulamento contra Prâcticas Desleales des Comercio International*, D.O., 25 novembre 1986, amendé par *Decreto por el cual se Reforma y Adictiona el Relamento Contra Prâcticas Desleales de Comercio International*, D.O., 19 mai 1988 [ci-après *Réglementations du commerce extérieur du Mexique*]. Pour un sommaire de l'évolution politico-économique récente du Mexique, voir M. Delal Baer, «North American Free Trade», (1991) Foreign Aff. 132.
70. La *Loi du commerce extérieur du Mexique* de 1986 portait atteinte au deuxième volet de ce test en étant moins exigeante: il fallait simplement prouver qu'un produit importé causait un «préjudice» - non un «préjudice important» - aux producteurs mexicains. Par conséquent, les droits antidumping et compensateurs risquaient d'être plus facilement octroyés par les autorités mexicaines. (Voir, *Review of Trade and Investment Liberalization Measures by Mexico and prospects for Future United States-Mexico Relations*, USITC Pub.2275, Inv. No. 332-182 (1990) aux pp. 4-12). Cette inquiétude fut éliminée en 1987 lorsque le Mexique signa le Code antidumping du GATT, lequel exige la preuve d'un «préjudice important» dans les cas de dumping.
71. Notez que selon l'article 1904(1) de l'ALENA, seules les décisions finales peuvent être soumises au mécanisme du Chapitre 19, mais, pour les producteurs, les principales difficultés surviennent souvent au début de l'instance ou lors des décisions préliminaires. Pour une discussion du problème sous l'ALE, voir J. Quinn, «A Critical Perspective on Dispute Settlement», dans M. Gold et D. Leyton-Brown, dir., *supra* note 49, 188 aux pp. 188-190.

signataire,[72] il peut le faire en demandant l'institution d'un groupe spécial binational. La tierce Partie ne peut intervenir dans ce processus.[73]

L'Annexe 1901.2 de l'ALENA tente de mettre en oeuvre un processus rapide, crédible et peu coûteux pour l'institution des groupes spéciaux binationaux. Dès la demande de l'institution d'un groupe spécial, les Parties ont trente à soixante jours pour choisir les cinq membres de ce groupe à partir d'une liste préétablie de soixante-quinze candidats (vingt-cinq de chaque État signataire).[74] Le groupe spécial dispose d'un délai de 315 jours pour rendre sa décision, ce qui constitue un net progrès par rapport à l'examen par les tribunaux nationaux.[75] Évidemment, ces courts délais réduisent l'incertitude créée auparavant, ce qui est propice aux échanges commerciaux et respectueux de la mentalité du milieu des affaires où «le temps, c'est de l'argent.»

La crédibilité des membres du groupe spécial chargé de régler ces différends est assurée par le fait que les candidats potentiels doivent avoir démontré une haute compétence dans les domaines pertinents et être choisis pour «leur objectivité, leur fiabilité, leur discernement et leur connaissance générale du droit commercial international.» Afin de minimiser la possibilité qu'une partie choisisse des individus dont l'impartialité pourrait être douteuse, l'ALENA prévoit que chaque partie aura le droit d'opérer jusqu'à quatre récusations péremptoires afin d'exclure les candidats insatisfaisants proposés par l'autre partie pour siéger sur un groupe spécial donné.[76] De tels critères sauront augmenter la confiance que portent les entreprises nationales en ce processus d'examen binational. De plus, et contrairement à l'ALE, l'ALENA précise que la liste de candidats sera composée principalement de juges en exercice ou à la retraite. Ceci devrait assurer que les rapports rendus par les groupes spéciaux prennent une forme et adoptent un raisonnement plus juridique que par le passé.

Le mandat du groupe spécial consiste à examiner la conformité de la décision rendue par l'organisme d'enquête de la Partie importatrice avec la

---

72. L'organisme d'enquête dans le cas du Canada est le Tribunal canadien du commerce extérieur, dans le cas des États-Unis c'est l'*International Trade Administration* du Département du commerce ou le *United States International Trade Commission*, et pour le Mexique c'est le *Secretaría de Comercio y Formento Industrial*.
73. L'Annexe 1901.2 de l'ALENA stipule la procédure pour établir un groupe spécial. Selon ces dispositions si, par exemple, le Canada rend une décision de dumping contre des produits identiques importés à la fois du Mexique et des États-Unis, deux groupes spéciaux seront institués: l'un pour la décision touchant les produits mexicains et l'autre pour celle touchant les produits américains.
74. Annexe 1901.2 de l'ALENA.
75. Par exemple, les affaires soumises à la *Court of International Trade* des États-Unis, demeuraient pendantes pour une durée de trois ou quatre ans avant qu'un jugement ne soit rendu.
76. Annexe 1901.2(2) de l'ALENA.

législation sur les droits antidumping ou compensateurs de cette dernière, en appliquant pour ce faire les principes juridiques qu'un tribunal de la partie importatrice appliquerait s'il était lui-même chargé de cette révision.[77] Un groupe spécial ne fait donc pas un examen *de novo* : il doit simplement examiner les faits présentés à l'organisme d'enquête chargé de l'affaire et vérifier si celui-ci a bien appliqué la loi commerciale pertinente. Le groupe spécial ne peut renverser la décision d'un tel organisme que s'il apparaît clairement que celui-ci n'a pas appliqué la législation nationale de façon conforme à la pratique courante, aux principes sous-jacents à cette législation et aux précédents.[78]

Après avoir ainsi appliqué la législation nationale, le groupe spécial peut soit maintenir la décision finale ou, en cas de désaccord avec celle-ci, instruire l'organisme d'enquête impliqué à reconsidérer sa décision.[79] Suite à ce renvoi, l'organisme d'enquête a l'obligation de rendre une nouvelle décision qui ne soit pas incompatible avec les conclusions du groupe spécial. La décision rendue par le groupe spécial liera les deux pays impliqués - elle est en principe définitive et sans appel.

À la différence des cas régis par le Chapitre 20 qui sont initiés exclusivement par des entités gouvernementales, ceux visés au Chapitre 19 seront normalement entamés par des parties privées, comme c'était le cas sous l'ALE. En effet, les gouvernements de chaque Partie signataire ont l'obligation de demander la convocation d'un groupe spécial binational à la demande de toute partie privée ayant l'intérêt requis.[80] Ceci n'est pas sans conséquences lorsqu'on se rappelle qu'avant la mise en place du régime de l'ALE, un exportateur canadien impliqué dans une enquête américaine sur un cas de dumping devait lui-même assumer les coûts pour plaider sa cause devant, entre autre, l'*International Trade Administration* (le «ITA»), l'*International Trade Commission* (le «ITC») et le Congrès américain.[81] Depuis la mise en place de

---

77. Les critères de révision sont établis à l'article 516 du *Tariff Act of 1930* pour les États-Unis et à la section 28(1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* pour le Canada.
78. *United States* c. *Shimer*, 367 U.S. 374, 382-82 (1961) cité dans *PPG Industries Inc.* c. *United States*, 928 F. 2d 1568. 1572 (Fed. Cir. 1991) [ci-après *PPG Industries*].
79. Article 1904(8) de l'ALENA.
80. A.M. Rugman et A. Anderson, «The Dispute Settlement Mechanism Cases in the Canada-United States Free Trade Agreement: An Economic Evaluation», (1990) 246 Geo. Wash. J. Int'l L. and Eco. 1 aux pp. 4-5.
81. Les honoraires des avocats, tous autres frais mis à part, peuvent atteindre des centaines de milliers de dollars. Par exemple, il est estimé que lors de l'affaire *Certains produits de bois d'oeuvre du Canada* (1983) 48 Fed. Reg. 24159 (ITA, nég. finales), les honoraires d'avocats se sont élevés à près de quatre millions de dollars et plus d'un million lors de l'affaire *Porcs vivants et porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, *infra*, note 106. Voir G.N. Horlick et S.J. Landers, «The Free Trade Agreement Working Group: Developing a Harmonized and Improved Countervailing Duty Law», Travail présenté à la Conférence ABA aux pp. 405-06.

la procédure du Chapitre 19, c'est donc au gouvernement requérant d'assumer ces coûts.

### (ii) Application du mécanisme aux législations nationales

En substituant en l'espèce aux tribunaux nationaux un groupe spécial binational, le processus du Chapitre 19 vise à contribuer à l'application impartiale et cohérente des lois nationales. Graham Winham, membre d'un groupe spécial institué sous le Chapitre 19 de l'ALE, a évalué l'application de ce mécanisme de la façon suivante :

> «*Chapter 19 represents a very real power given to an international body to review and where appropriate alter the actions of government agencies in sovereign countries [...] Counsel have reported that hearings before binational panels have been more challenging than equivalent hearings before U.S. courts.*»[82]

Le succès ultime de l'application du mécanisme du Chapitre 19 dépend donc pour une grande part de la compatibilité des législations nationales des parties. Bien que les critères de révision des tribunaux canadiens et américains paraissent à première vue semblables, une étude comparative de la jurisprudence démontre néanmoins qu'il est plus difficile de satisfaire aux exigences permettant de réviser les décisions administratives canadiennes.[83] Alors que le critère requis par la jurisprudence américaine est de savoir si la décision administrative contestée est soutenue par «*substancial evidence on the record,*»[84] le critère requis au Canada est plus large. Dans l'affaire *American Farm Bureau Federation* c. *Canadian Import Tribunal*,[85] la Cour Suprême du Canada a en effet établi qu'elle refusait d'intervenir dans la décision d'un tribunal fédéral s'il existait «*any evidence on which the finding of the Canadian International Trade Tribunal can be based.*» Vu le parallélisme relatif des textes législatifs nationaux en question, les critères précitées se rapprocheront-ils peut-être d'avantage en étant révisés par des groupes spéciaux binationaux composés de juristes provenant de chacun des États signataires.

---

82. G.Winham, «Dispute Settlement in the Canada-U.S. Free Trade Agreement», Département des sciences politiques de l'Université Dalhousie, Nova Scotia, 1990, à la p. 12.
83. Voir Graham, *supra*, note 7 à la p. 569. L'auteur indique que sur la question des critères de révision, les États-Unis ont un certain désavantage par rapport au Canada.
84. Article 516(2) du *Tariff Act of 1930*. Comme le stipule le CIT, «*[i]t is not in the ambit of the Court to choose the view which it would have chosen in a trial de novo as long as the agency's decision is supported by substantial evidence.*», *Hercules Inc.* c. *United States*, 673 F. Supp. 454, 479 (CIT 1987).
85. [1990] 2 R.C.S. 1324, 3 T.C.E. 5303.

Par contre, les négociateurs de l'ALENA ont dû surmonter de nombreux obstacles pour ce qui est de l'application de la législation nationale mexicaine. Le plus problématique de ceux-ci avait trait au fait que la *Loi du commerce extérieur du Mexique* autorisait la *Comisión de Aranceles y Controles al Comercio Exterior* (le «CACCE») à imposer le paiement de droits compensateurs provisoires à peine cinq jours après le dépôt d'une requête s'il existe une simple «présomption» d'infraction et de préjudice.[86] Ceci contraste avec la situation aux États-Unis, par exemple, où des droits provisoires ne peuvent être imposés avant que l'ITA et l'ITC n'aient tous deux statué sur la question.[87] Ces jugements-là ne seront rendus, quant à eux, que 160 jours après le dépôt d'une requête concernant un «dumping»[88] et 85 jours après le dépôt d'une requête concernant une subvention.[89] Cette différence peut avoir des effets néfastes pour les exportateurs de produits vers le Mexique. Tandis qu'aux États-Unis le délai entre la requête et la décision des agences nationales permet aux exportateurs d'autres pays de réviser leurs prix de vente avant que des droits ne leur soient imposés, ces derniers sont souvent imposés au Mexique sans même qu'ils ne soient informés du dépôt d'une requête. Dans son rapport de 1991, l'*Office of the United States Trade Representative* (le «OUSTR») a noté ce problème :

> «*Several U.S. textile companies have complained recently that Mexican dumping procedures are burdensome and allow inadequate time for responses. The United States has raised these concerns with Mexico and reiterated the expectation that Mexico comply fully with its GATT and Antidumping Code obligations and accord U.S. firms due process in its investigation.*»[90]

Cette difficulté d'intégrer le droit mexicain au mécanisme du Chapitre 19 a été accentuée du fait que les décisions de la CACCE n'étaient sujettes à aucune révision par les tribunaux mexicains.

Le concept de «*due process*» du système juridique mexicain était donc très différent de celui que l'on retrouve au Canada et aux États-Unis, de sorte qu'un mécanisme de règlement des différends qui implique une simple révision

---

86. Article 11 de la *Loi du commerce extérieur du Mexique*.
87. Voir *Badger-Powhatan* c.*United States*, 9 Ct. Int'l Trade 213, 216 (1985), pourvoi rejeté, 808 F.2d 823 (Fed. Cir. 1986). Il faut noter que la procédure anti-subvention des États-Unis est divisée en deux volets. Au cours de l'ouverture de l'enquête, la partie plaignante doit, d'une part, apporter devant l'ITA preuve qu'il existe une subvention illicite du pays exportateur, et, d'autre part, elle doit établir devant l'ITC qu'elle a conséquemment subi un «préjudice important».
88. 19 U.S.C. §1673b(b)(1)(A).
89. 19 U.S.C. §1671b(b)(1).
90. OUSTR, *1991 National Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, (1991) 155 à la p. 158.

de l'application de la loi nationale de chaque Partie était inacceptable pour ces deux autres États sans modifications corrélatives aux lois nationales mexicaines. Cette position s'explique bien du fait que si les procédures administratives et les critères de contrôle judiciaire des trois pays ne s'apparentent pas les uns aux autres, une partie plaignante risque de ne pas bénéficier des normes habituelles de «*due process*» qu'elle appliquerait pourtant elle-même à la défenderesse.

L'ALENA corrige ce déséquilibre en stipulant une liste de vingt amendements que le Mexique devra introduire dans sa loi commerciale[91] afin qu'elle s'aligne sur celle de ses partenaires. Selon les lignes directrices de l'Annexe 1904.15 de l'ALENA, le Mexique ne pourra plus imposer de droits provisoires sans qu'une décision préliminaire ne soit rendue. L'ALENA oblige aussi le législateur mexicain à inclure dans sa loi commerciale des calendriers spécifiques et adéquats quant aux procédures administratives, l'incorporation de la règle de *audi alteram partem* et l'accès opportun à tous les renseignements non confidentiels. De plus le CACCE devra dorénavant rendre un énoncé détaillé de ses motifs et du fondement juridique de ses ordonnances afin d'en permettre la révision éventuelle par un groupe binational.[92]

Finalement, les dispositions législatives de mise en oeuvre de l'ALENA exigent des organismes d'enquête nationaux qu'ils donnent suite à la décision d'un groupe spécial. La force obligatoire des décisions du groupe spécial fait cependant toujours l'objet de sérieuses discussions. D'aucuns soutiennent que de telles décisions ne sauraient être réellement obligatoires, parce qu'elles ne sont pas directement exécutoires comme le serait, par exemple, un jugement rendu pas un tribunal national. Cette critique, mal fondée selon nous, provient d'un manque de compréhension de la dynamique entourant l'exécution des accords internationaux. Étant donné la nature souveraine des parties contractantes, il est clair que ces accords ne peuvent être exécutés de la même façon qu'un contrat entre parties privées. En revanche, cela ne signifie pas qu'un pays n'ait aucun devoir de conformité eu égard à ses devoirs internationaux validement contractés. En vertu des règles de droit international, un autre État peut en effet demander compensation ou suspendre l'application d'avantages équivalents en cas de contravention aux termes d'un accord par son partenaire.[93] Dans les relations inter-étatiques c'est souvent cette menace de rétorsion qui

---

91. Annexe 1904.15 de l'ALENA.
92. L'ALENA stipule à l'Annexe 1907 que la Partie importatrice devra publier un avis d'ouverture d'enquête précisant les dispositions législatives applicables, permettre aux parties intéressées de présenter des faits et des arguments, et expliquer la base de son calcul ou la méthodologie servant dans chaque cas à établir la marge de dumping ou le montant de la subvention.
93. Voir l'article 60 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, A/CONF.39/SR.8, 28 avril 1969, Int. Leg. Mat. 679.

encourage les pays à honorer leurs engagements internationaux et qui donne, en pratique, un caractère obligatoire aux engagements contractés.[94]

**(iii) Mécanisme d'appel exceptionnel**

Même si les décisions du groupe spécial binational sont en principe finales et sans appel, l'ALENA, tout comme l'ALE, prévoit un mécanisme d'appel exceptionnel. En cas d'inconduite grave ou d'abus de pouvoir de la part d'un groupe spécial (si le groupe fait preuve de partialité ou de corruption), sa décision pourra être révisée à la demande d'une Partie par un Comité pour contestation extraordinaire.[95] Comme on le verra plus tard, l'accès à ce mécanisme d'appel a été interprété de façon restrictive; par exemple, dans les deux cas où on a tenté de l'appliquer sous l'ALE, le Comité ne s'est pas reconnu compétent. Lors des négociations de l'ALENA, les États-Unis ont tenté d'élargir le champ d'application de ce recours d'appel. Dans sa «Déclaration d'initiative administrative» rendue publique le 7 novembre 1993, l'administration Clinton maintenait que l'ALENA rendra plus facile le recours à cette procédure de contestation extraordinaire et affirmait que cet Accord élargit les critères nécessaires pour la déclencher. L'argument de l'administration américaine était basé sur le fait que sous l'ALE une révision n'était possible que (i) si un des membres du groupe s'était rendu coupable d'inconduite grave ou de conflit d'intérêt, (ii) si le groupe s'était considérablement écarté d'une règle fondamentale de procédure ou (iii) si le groupe avait manifestement outrepassé ses pouvoirs; sous l'ALENA, on spécifie dorénavant sous ce troisième volet qu'un groupe outrepasse manifestement ses pouvoirs «par exemple, en n'appliquant pas les critères d'examen appropriés.»[96] En se basant sur cet ajout, l'administration américaine semble déduire qu'un groupe qui n'applique pas correctement la législation nationale outrepasse ses pouvoirs - une exégèse qui affaiblirait de façon importante le pouvoir décisionnel des groupes spéciaux. L'interprétation américaine nous semble cependant mal fondée : ce n'est pas la méthode d'application des critères d'examen, mais plutôt le mauvais choix des critères applicables à une situation particulière qui peut donner lieu à l'appel d'une décision d'un groupe spécial. La procédure de contestation extraordinaire de l'ALENA nous semble donc en fait identique à celle de l'ALE.

**(iv) Autres mécanismes de contrôle**

Le Chapitre 19 de l'ALENA, tout comme son prédécesseur, établit de plus un mécanisme de contrôle des modifications apportées aux législations

---

94. Voir Dupuy, *supra*, note 22 au chapitre «Contrôle international» aux pp. 361-368.
95. Article 1904.13 de l'ALENA.
96. Article 1904(13)(a)(iii) de l'ALENA.

commerciales de chacun des trois États signataires pour en assurer la conformité avec les dispositions de l'ALENA, du Code antidumping et du Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs ou tout accord qui pourra leur succéder.[97] Donc, tout amendement aux lois et règlements nationaux sur les questions de subventions et de dumping affectant les industries d'une autre Partie ne pourront s'appliquer qu'après consultations entre les trois Parties.

L'article 1903 prévoit enfin que chaque gouvernement pourra demander à un groupe spécial d'examiner les changements législatifs proposés par une Partie afin d'en déterminer la conformité. Comme sous l'ALE, si un groupe spécial recommande des modifications, des consultations auront lieu à cet égard et, à défaut d'une entente, la Partie affectée pourra adopter des mesures législatives équivalentes, instaurer des mesures compensatoires appropriées ou dénoncer l'Accord. Ce mécanisme est une amélioration par rapport au système pré-ALE qui n'exigeait aucune communication entre États avant l'adoption de nouvelles mesures législatives, et rendait donc possible l'adoption unilatérale de dispositions potentiellement protectionnistes.

Un dernier amendement important a été apporté à l'ALE par le biais de l'article 1905 de l'ALENA. Intitulé «Protection du régime d'examen par des groupes spéciaux», cet article prévoit des recours si une Partie ne se soumet pas à ses obligations en vertu des dispositions du Chapitre 19. Ceux-ci prennent la forme de consultations dans le cas où l'application de lois nationales semble avoir entravé le bon fonctionnement du processus d'examen par un groupe spécial. De plus, si la question en litige n'a pu être résolue par ce moyen, l'ALENA stipule qu'elle sera alors examinée par un Comité spécial composé de trois anciens juges choisis de la liste servant à constituer un Comité de contestation extraordinaire.[98] Si ce Comité spécial décide qu'une Partie a contrevenu aux dispositions du Chapitre 19, la Partie plaignante pourra suspendre l'application du principe de la substitution de l'examen judiciaire par celui de groupes spéciaux ou imposer des mesures compensatoires à l'égard de la Partie visée. Dès lors, l'examen du groupe spécial sera clos et la contestation de la décision de l'organisme d'enquête sera renvoyée au tribunal national compétent. Par contre, si la Partie visée par la plainte corrige son défaut, le Comité se réunira de nouveau pour réévaluer la situation et suspendre les mesures compensatoires s'il le juge à propos.

L'inclusion de tels mécanismes de contrôle a été rendue nécessaire pour assurer que le Mexique adopte les normes nationales nécessaires afin de pouvoir honorer ses obligations en vertu du Chapitre 19. Force est cependant d'admettre

---

97. Article 1903 de l'ALENA.
98. La procédure applicable est prévue à l'Annexe 1904.13.

que s'il devenait nécessaire de recourir à la susdite protection du régime de l'examen par les groupes spéciaux à l'endroit du Mexique, cela serait une indication inquiétante de l'inefficacité du mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs. Par contre, si les dispositions du Chapitre 19 sont respectées, elles devraient encourager le développement des régimes commerciaux nationaux pour les rendre à la fois plus transparents, plus objectifs, et plus prévisibles. On peut même constater qu'à cause de l'emphase qu'il met sur le «*due process*», le Chapitre 19 peut influer sur l'évolution du droit administratif mexicain, le rapprochant idéalement de celui de ses partenaires plus développés.

#### (v) Évaluation du mécanisme du Chapitre 19

Le mécanisme instauré par le Chapitre 19 est probablement une déception pour ceux qui espéraient un régime plus conforme à un mécanisme de règlement des différends traditionnel, c'est-à-dire où les groupes spéciaux seraient carrément chargés de déterminer si la loi commerciale de chaque État est «juste», et non simplement d'évaluer si l'organisme d'enquête de la Partie importatrice a correctement appliqué ladite loi (juste ou pas!). Tant que les États signataires ne s'entendront pas sur une définition de la notion de «concurrence déloyale» ou de «pratique commerciale déloyale», il est cependant peu probable qu'un tel mécanisme, qui usurperait jusqu'à un certain point la fonction législative souveraine des États, soit institué. En revanche, il est plausible que si les Parties recourent souvent aux groupes spéciaux binationaux pour résoudre leurs différends sur les droits antidumping et compensateurs, et s'il y a une cohérence dans les décisions rendues sur les questions de fond, un consensus pourrait s'établir entre le Canada, les États-Unis et le Mexique sur les mesures d'harmonisation devant être appliquées à leurs législations et pratiques administratives respectives.

### *(B) Expérience avec le Chapitre 19 de l'ALE*

Quarante-sept groupes spéciaux binationaux et deux Comités pour contestation extraordinaire ont été institués jusqu'à présent sous le Chapitre 19 de l'ALE.[99] Le premier à l'occasion de l'affaire des *Framboises rouges*[100] a été

---

99. Parmi ceux-ci, trente ont été menés à terme dont huit révisions de décisions d'organismes canadiens, vingt de celles d'organismes américains et deux Comités de contestation extraordinaire institués par les États-Unis (tous deux déclinant cependant compétence en ces affaires).

100. *Dans l'affaire des framboises rouges du Canada* (1990), 3 T.C.T. 8175 (Ch.19 Groupe spéc.), USA-89-1094-01 [ci-après *Framboises rouges* avec renvois aux USA-89-1904]. Pour un commentaire, voir T.M. Boddex et A.M. Rugman, «Red Raspberries: Effective Dispute Settlement in the Canada-United States Free Trade Agreement», (1991) 11 Northwestern J. Int'l Bus. 621.

formé à la demande du Canada afin de déterminer si le verdict de dumping rendu en 1984 par l'ITA du Département de commerce des États-Unis relativement à l'exportation de framboises rouges du Canada était bien fondé.

Dans sa décision unanime du 15 décembre 1989, le groupe spécial a conclu que la méthode employée par l'ITA pour déterminer s'il y avait dumping - c'est à dire si le prix de vente aux États-Unis des framboises canadiennes était inférieur à leur «valeur équitable» - était erronée. Le groupe spécial notait que conformément à la législation américaine, la détermination de l'existence d'un dumping exige la comparaison du prix à l'exportation aux États-Unis avec, en ordre de priorité, le prix sur le marché intérieur du pays exportateur, le prix du produit lorsque celui-ci est exporté à destination d'un pays tiers ainsi que la méthode de la valeur reconstituée.[101] Néanmoins, en argumentant que les ventes sur le marché canadien étaient «négligeables,» l'ITA n'avait pas tenu compte du prix sur le marché intérieur du Canada, lui préférant une mesure de la «valeur reconstituée» des framboises canadiennes. Par conséquent, le groupe spécial renvoya le cas à l'ITA afin qu'il justifie son calcul de marge de dumping.[102]

Le 26 janvier 1990, l'ITA rétorquait au groupe spécial que sa technique pour calculer la marge de dumping était acceptable, sans cependant expliquer pourquoi le prix sur le marché canadien n'était pas un critère retenu lors de la comparaison avec le prix à l'exportation. Le Canada demanda de nouveau au groupe spécial de réviser la décision américaine.

Lors de sa deuxième analyse du cas le 2 avril 1990, le groupe spécial a démontré qu'il n'hésiterait pas à employer son pouvoir de révision : il a rejeté la méthodologie employée par l'ITA en déterminant que l'ITA avait mal appliqué sa propre méthode d'examen :

> «*In conclusion, the choice of market to be used for dumping comparisons is among the most crucial determination that must be made in the administration of the U.S. antidumping law. The Department has an obligation to make a reasoned determination in choosing among home market sales, third country sales, and constructed value when making comparisons with U.S. prices. The Department has failed to fulfil its obligation upon remand in this case.*»[103]

Par conséquent, le groupe spécial ordonna de nouveau à l'ITA de modifier ses résultats dans un délai de trente jours en employant une méthode

---

101. *Framboises rouges*, *ibid.*, à la p. 2.
102. *Ibid.*, aux pp. 25-26.
103. *Ibid.*, aux pp. 1 et 3.

équitable de calcul de la marge de dumping pour déterminer si le Canada se livrait véritablement à une telle pratique.[104] L'ITA s'est finalement soumise aux directives du groupe spécial et la marge de dumping a été annulée.

Ce cas démontre l'efficacité des groupes spéciaux binationaux. Ceux-ci n'hésitent pas à intervenir pour renvoyer aux autorités nationales les décisions indues de dumping, avec des instructions explicites. En outre, le groupe spécial a clairement stipulé en l'espèce qu'il serait prêt, en cas de besoin, à mener des révisions supplétives afin d'assurer l'acquiescement à ses directives.

Par contre, cette efficacité des décisions d'un groupe spécial a été ébranlée à l'occasion de l'affaire *Viande de porc du Canada*, dans le cadre de laquelle les États-Unis prétendaient que le porc importé du Canada bénéficiait de subventions gouvernementales.[105] Cette affaire s'est avérée à la fois longue et complexe; comme le constate Andreas Lowenfeld, «*the issues were complicated, even for experts; the texts were lengthy; the proceedings were confusing; and the mix of economics, politics and the law are difficult to sort out.*»[106]

Le cas a débuté en 1985 lorsque l'ITA détermina que les gouvernements canadiens (tant fédéral que ceux des Provinces) subventionnaient l'élevage porcin et ordonna de ce fait des mesures de compensation.[107] Dans ce cas la majorité des compensations visait l'importation de porc «traité», tandis que c'était l'élevage de pourceaux vivants qui était subventionné au Canada. En appel, la *Court of International Trade* des États-Unis (la «CIT») renversa la décision de l'ITA, prétextant que celle-ci avait omis d'appliquer la disposition de «*upstream subsidy*»[108] prévue à l'article 771A du *Tariff Act of 1930*, et que, par ailleurs, il n'y avait pas de preuve de «préjudice important» causé au marché américain. À la suite de cette décision, le *National Pork Producers Council* des États-Unis (le «NPPC») a fait pression sur le Congrès pour qu'il amende la loi à cet égard. Celui-ci a succombé et a modifié les critères de l'examen de «*upstream subsidy*» de l'article 771B de l'*Omnibous Trade Act* afin d'en faciliter

---

104. *Ibid.*, à la p. 4.
105. Pour une description détaillée du déroulement de cette affaire, consultez l'article de A.F. Lowenfeld, «The *Free Trade Agreement* Meets its First Challenge: Dispute Settlement and the *Pork* Case», (1992) 37 R.D. McGill 597.
106. *Ibid.*, à la p. 599.
107. *Porcs vivants et porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, (1985) 50 Fed. Reg. 25097 (ITC).
108. «*Upstream subsidies*» décrit la situation où l'exportateur d'un produit traité ou manufacturé ne reçoit pas de subvention directe mais bénéficie de mesures de soutien à un stade préliminaire de production, soutien non accordé à son compétiteur.

la preuve.[109] Il s'agit là d'un autre exemple de politisation des mécanismes nationaux de réglementation des échanges.

En 1989, le NPPC a de nouveau déposé une demande de compensation pour le préjudice causé à l'industrie du porc américaine par les importations prétendument subventionnées de porc canadien. En appliquant les critères du nouvel article 771B, l'ITA a jugé que les programmes gouvernementaux canadiens étaient bel et bien des mesures de soutien interdites. Même si la grande partie de ces programmes aidait les éleveurs de porc, la subvention était considérée comme applicable aux producteurs de viande et autres dérivés de porc car, suivant les nouveaux critères de l'article 771B, «*the demand for hogs was substantially dependent on the demand for pork and that the processing of hogs to fresh, chilled or frozen pork added only limited value to the product.*»[110] Par surcroît, le ITC des États-Unis a déterminé qu'il y avait «*a reasonable indication*» que les mesures canadiennes portaient préjudice, ou pouvaient potentiellement porter préjudice à l'industrie américaine. Donc, même si le lien de causalité entre les subventions canadiennes et le préjudice causé aux producteurs de viande de porc américains n'avait pas été prouvé, un droit compensatoire fut imposé sur les importations de porc en provenance du Canada.

Les décisions finales des deux départements américains, l'ITA et l'ITC, furent contestées par le gouvernement canadien devant deux groupes spéciaux binationaux.[111] Le groupe spécial chargé d'étudier la question de l'existence d'une subvention accepta la conclusion de l'ITA, à savoir qu'il y avait un rapport substantiel entre la demande de porcs vivants (dont l'élevage faisait l'objet de subventions directes) et celle des produits du porc, auxquels la transformation ajoutait seulement une valeur minime. La déclaration du Sénateur américain Max Baucus était acceptée : «*Pork is just a very mature hog!*»[112] Par contre, le groupe spécial a modifié la valeur de la compensation octroyé par l'ITA. En constatant que l'ITA n'avait pas tenu compte de l'existence de sous-produits d'un porc vivant autre que la viande de porc, il conclut en effet :

> «*[I]t is unreasonable and not in accordance with law for Commerce [ITA] to allocate the entire subsidy conferred on hogs to pork*

---

109. U.S.C. §1677-2, dans la section 1313(a), Pub. L. 100-418, eff. 23 août 1988.
110. Dept. Commerce, *Initiation of Countervailing Duty Investigation; Fresh, Chilled and Frozen Pork from Canada*, 54 Fed. Reg. 5537 (1989). Le 24 juillet 1989, l'ITA a établie la valeur de ce soutien gouvernemental à $.08/kg.
111. *Dans l'affaire du porc frais, frigorifié et congelé du Canada*(1990), 3 T.C.T. 8308 (Ch. 19 Groupe spéc.), 55 Fed. Reg. 41369 (1990) [ci-après *Viande de porc du Canada* avec renvois aux I.T.C.].
112. 133 Cong. Rec. S8787 (daily ed. 26 juillet 1987).

> *products when other commercial products resulting from hogs are also benefiting from the subsidy.*»[113]

Le groupe spécial a donc renvoyé le cas à l'ITA pour réévaluation de la part de la subvention applicable au porc. Le 7 décembre 1990 l'ITA a réduit le montant de la compensation applicable de $0.08/kg à $0.036/kg.[114]

Par ailleurs, un deuxième groupe spécial[115] fut constitué pour réviser la décision de l'ITC à l'effet que les subventions canadiennes causaient un préjudice important ou une menace de préjudice au marché américain. Le groupe spécial constata tout d'abord l'absence de préjudice réel et insista de plus sur le fait que pour conclure à une menace, il fallait démontrer plus qu'une simple possibilité de préjudice.[116] Par conséquent, en concluant qu'il n'existait aucune preuve de préjudice matériel au marché américain, le groupe spécial rejeta le verdict de l'ITC et le renvoya pour révision.[117]

Le 23 octobre 1990, à l'intérieur du délai de soixante jours accordé par le groupe spécial, l'ITC rendît sa décision sur le renvoi.[118] Tout en modifiant les bases du raisonnement soutenant ses conclusions précédentes, elle réaffirma l'existence d'une menace de préjudice. Par conséquent, le Canada reconvoqua le groupe spécial qui avait rendu la première décision pour réviser celle du 23 octobre. Selon l'article 1904.8 de l'ALE, ce même groupe spécial se devait de rendre une «décision finale» dans les quatre-vingt-dix jours suivant la décision de l'ITC, ce qui a été fait le 23 janvier 1991.[119] En se basant sur la législation et la jurisprudence américaines, le groupe spécial refusa à nouveau de donner son aval au raisonnement de l'ITC et lui renvoya la question pour révision.

Cette fois, l'ITC suivit finalement les instructions du groupe spécial, déterminant unanimement que les subventions canadiennes ne présentaient ni préjudice important ni menace de préjudice au marché du porc américain.[120]

---

113. *Viande de porc du Canada*, *supra*, note 111 à la p. 8323.
114. *Department of Commerce Remand Determination: Final Countervailing Duty Determination on Fresh, Chilled and Frozen Pork*, (7 décembre 1989), U.S.A.-89-06.
115. *Memorandum Opinion and Remand Order*, (24 août 1990), U.S.A.-89-11, *sub nom. Porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, (1990), 3 T.C.T. 8276 (Ch. 19 Groupe spéc.), 3 T.T.R. 281 [ci-après *Viande de porc du Canada (préjudice)* avec renvois aux T.C.T.].
116. *Ibid.*, à la p. 8279.
117. *Ibid.*, à la p. 8283.
118. *Fresh, Chilled, or Frozen Pork from Canada, Views on Remand*, Inv. No. 701-TA-298, USITC Pub. No. 2230 (Octobre 1990).
119. *Memorandum Opinion and Order Regarding ITC's Determination on Remand*, (22 janvier 1991), U.S.A.-89-1904-11, *sub nom. Porc fais, frigorifié et congelé du Canada*, (1991), 4 T.C.T. 7014 (Ch. 19 Groupe spécial).
120. *Fresh, Chilled, or Frozen Pork from Canada, Second Remand Determination*, (12 février 1991).

Toutefois, malgré leur soumission aux règles du jeu, les membres de l'ITC n'ont pas hésité à vivement critiquer le raisonnement du groupe spécial dans son interprétation de la législation américaine.[121] Cette critique n'était cependant partagée que par deux des six commissaires de l'ITC - le président lui-même étant en désaccord avec cette dernière et les trois autres commissaires étant absents. Si tous les membres de l'ITC avaient ainsi affirmé que la méthode de révision par des groupes spéciaux binationaux était injuste, la portée du Chapitre 19 aurait pu être sérieusement remise en question; heureusement tel ne fut pas le cas.

L'affaire de *Viande de porc du Canada* n'était pas par contre terminée pour autant. L'ordonnance finale du groupe spécial a suscité de vives réactions aux États-Unis. Le NPPC a immédiatement rédigé une lettre à l'*Office of the United States Trade Representative* (le «USTR») dénonçant la décision et la méthodologie du groupe binational :

> «*[TRADUCTION] Les résultats obtenus en ayant recours à la procédure de règlement des différends nous obligent malheureusement à mettre en doute le caractère juste, opportun et efficace du groupe spécial. Le rôle de la procédure de règlement des différends dans la zone nord-atlantique de libre-échange sera certainement crucial. Cette procédure doit donc être soumise à un examen minutieux afin de remédier aux injustices qui sont inhérentes au règlement des différends aux termes de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis.*»[122]

Indéniablement, de telles affirmations trouvent une grande part de leur justification dans un accès de sentiments protectionnistes. Néanmoins, succombant aux pressions politiques du NPPC et des membres du Congrès américain, *the United States Trade Representative*, Carla Hills, et le Président américain George Bush ont alors pris la décision malheureuse d'instituer un Comité pour contestation extraordinaire.[123] Il est important de rappeler que

---

121. Les deux commissaires qui étaient obligés à réviser leur décisions deux fois pour être en conformité avec les ordonnances du groupe spécial, étaient clairement contrariés: *Notwithstanding this determination, this Second Panel Decision violates fundamental principles of the United States-Canada Free Trade Agreement (FTA) and contains egregious errors under U.S. law. [...] At the minimum, however, we find many aspects of the Panel decision to lack «intrinsic persuasiveness» and, thus, we will not change our practice or procedure to conform with those aspects of the Panel opinion discussed below.*

122. Cité dans L. Holland, «Le règlement des différends aux termes de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis», 65 à la p. 69 dans *Neuvième colloque de droit commercial international*, Ministère de la Justice Canada, Ottawa, 17 octobre 1991.

123. Tout en déclarant que la deuxième décision du groupe spécial «*undermines the integrity of the binational review process with Canada,*» le NPPC et le Congrès ont exercé de fortes pressions pour l'institution du Comité pour contestation extraordinaire. Voir : Lowenfeld, *supra*, note 105 à la p. 619.

selon l'article 1904.13 de l'ALE, les motifs donnant ouverture à la révision d'une décision d'un groupe spécial sont stricts : la partie plaignante doit établir que le groupe spécial a commis une grave entorse à une règle de procédure fondamentale ou a manifestement outrepassé ses pouvoirs ou sa compétence, et que cela a considérablement influencé sa décision, ce qui menacerait l'intégrité de la procédure d'examen par le groupe spécial binational. Il est clair que dans l'affaire de *Viande de porc du Canada*, le prétexte d'institution du Comité pour contestation extraordinaire était purement politique et non conforme à ceux prévus par l'ALE. Par conséquent, il y avait grand danger que le Comité fasse fi de son mandat et agisse comme un tribunal d'appel, contrevenant ainsi au processus de règlement des différends du Chapitre 19.

Suite à la demande des États-Unis du 29 mars 1991, on institua donc pour la première fois un Comité pour contestation extraordinaire composé de trois juges à la retraite (deux canadiens et un américain, ce dernier étant le président). Heureusement, ce Comité s'en est tenu à une interprétation restrictive de son mandat : dans son opinion, rendue le 14 juin 1991, il a clairement stipulé que «*it is not the function of a committee to conduct a traditional appellate review regarding the merits of a panel decision.*»[124] Le Comité a conclu que les critères de l'article 1904.13 de l'ALE étaient très précis et n'avaient pas été satisfaits en l'espèce. Ainsi, la décision du groupe spécial fut intégralement maintenue, concluant l'affaire de *Viande de porc du Canada*.

Par contre, la question de la nature licite des subventions gouvernementales canadiennes affectant le porc et les produits qui en découlent était loin d'être réglée. Comme on l'a déjà mentionné, le paragraphe 2 de l'article 1904 prévoit que la tâche d'un groupe spécial binational doit se limiter à assurer que les décisions des organismes d'enquête soient rendues dans le respect des normes nationales applicables. Aussi, les décisions d'un groupe spécial binational et d'un Comité de contestation extraordinaire doivent se limiter aux questions particulières qui leurs sont soumises. Ainsi, la question posée et la portée du mandat qui en résulte s'avère en pratique aussi importante que la solution recherchée; à cet égard, les imperfections du mécanisme du Chapitre 19 peuvent mener à la manipulation des lacunes des lois commerciales pour masquer ou justifier des barrières protectionnistes aux échanges.

De plus, l'absence du principe de *stare decisis* qui permettrait une certaine cohérence judiciaire, peut mener à une répétition, d'une année à l'autre, des questions posées aux groupes spéciaux. Par exemple, dans l'affaire de *Viande de porc du Canada*, deux des programmes gouvernementaux contestés

---

124. *Dans l'affaire du porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, (1991), 4 T.C.T. 7037 (Comité con. extr.).

étaient le *National Tripartite Stabilization Scheme for Hogs* (le «Tripartite») et le *Quebec Farm Income Stabilization Insurance Program* (le «FISI»).[125] Même s'il fut clairement déterminé dans le cadre de cette affaire que ces deux programmes ne constituaient pas des subventions déloyales, l'ITA a postérieurement décidé d'imposer à nouveau des procédures de défense commerciales à l'encontre de ceux-ci. Par conséquent, un nouveau groupe spécial binational fut convoqué par le gouvernement canadien le 8 juillet 1991 (seulement trois semaines après la décision du Comité extraordinaire dans l'affaire *Viande de porc du Canada*) pour réviser cette deuxième imposition de droits compensatoires.

Dans l'affaire *Porcs vivants du Canada*,[126] le groupe spécial a stipulé qu'il n'était pas lié par la décision de l'affaire de *Viande de porc du Canada* pour considérer la nature licite ou non des subventions canadiennes vu que les questions posées dans les deux cas n'étaient pas exactement identiques (même si elles étaient très proches les unes des autres!).[127] Deux motifs principaux sont souvent avancés pour justifier cette prise de position. Premièrement, le groupe spécial était obligé d'appliquer la loi américaine comme le ferait la Cour d'appel fédérale américaine dans sa révision des décisions de l'ITA et de l'ITC, ce qui implique l'application de la doctrine du «*collateral estoppel*» qui prévoit qu'un précédent n'est créé que si les faits sont rigoureusement les mêmes.[128] Par surcroît, l'utilisation de précédents est rendue difficile par une particularité juridique américaine car

> «*[...] Congress has made specific provision for periodic administrative reviews... Since the agencies involved perform the function of expert finders of fact concerning different programs, different time frames, economic statistics and other factors in countervailing duty and dumping investigations as well as similar functions during periodic reviews, principles of issue preclusion should be carefully applied.*»[129]

---

125. Le premier est un programme de stabilisation du revenu agricole financé par le gouvernement canadien, les gouvernements provinciaux et les cultivateurs, et le deuxième est un programme provincial visant la production agricole dans la province de Québec. Les deux programmes sont décrits en détail dans *Live Swine from Canada; Preliminary Results of Countervailing Duty Administrative Review*, 56 Fed. Reg. 5676 aux pp. 5678 et 5680 (12 février 1991).
126. *Porcs vivants du Canada*, (19 mai 1992), USA-91-1904-03 (Ch. 19 Groupe spéc.) [ci-après *Porcs vivants du Canada*].
127. *Ibid.*, à la p. 42.
128. La doctrine américaine de «*collateral estoppel*» prévoit que «*issues which are actually and necessarily determined by a court of competent jurisdiction are conclusive in a subsequent suit involving the parties to the prior litigation.*» (*Mother's Restaurant Inc.* c. *Mama's Pizza Inc.*, 723 F.2d 1566, 1569 (Fed. Cir. 1983)).
129. *PPG Industries*, *supra*, note 80 à la p. 199.

Le second motif provient du fait que le groupe spécial ne fait que vérifier l'application raisonnable par les organismes d'enquête de leurs propres règles sans autrement énoncer de principes juridiques d'application ou d'interprétation sur le fond des différends.

Il est par contre important de noter que c'est en décidant de s'inspirer de ce qu'il appela les «*intrinsically persuasive aspects of the* Pork *rulings*»[130] que le groupe spécial, dans l'affaire *Porcs vivants du Canada*, a conclu que l'ITA ne devait pas inclure les avantages octroyés aux agriculteurs canadiens par le Tripartite et le FISI dans son calcul de droits compensateurs; il a donc donné raison au Canada. Cette décision fut soumise à un Comité de contestation extraordinaire à la demande des États-Unis qui, comme le premier, décida le 8 avril 1993 de ne pas renverser la décision du groupe spécial.[131] On voit donc que les précédents ont malgré tout une influence pratique certaine, même s'ils ne sont pas obligatoires.

Un des problèmes les plus importants crées par cette absence de «*stare decisis*» est que des examens successifs des mêmes programmes de subventions par différents groupes spéciaux peuvent mener à des décisions contradictoires. Ce danger s'est récemment concrétisé lorsqu'un troisième groupe spécial fut convoqué le 11 octobre 1991 (trois mois après l'institution du deuxième groupe spécial sur cette question) pour décider, encore une fois, de la nature licite d'une décision de l'ITA d'imposer des droits compensatoires à l'encontre des programmes canadiens, y compris les programmes Tripartite et FISI déjà mentionnés. Dans sa décision du 16 juillet 1993,[132] le groupe spécial confirma à nouveau que les décisions préalables sur les mêmes points n'ont pas force obligatoire :

> «*Accordingly, the decisions in Pork, Swine IV, and ECC II do not in any way bind this Panel or otherwise create any legal effect in respect of the particular matters that we are called upon to decide in this proceeding.*»[133]

Le groupe spécial s'empressa par contre d'ajouter :

---

130. *Porcs vivants du Canada*, *supra*, note 126 à la p. 44.
131. *Porcs vivants du Canada*, (8 avril 1993), ECC-93-1904-01 (Comité con. extr.). Le Comité a expressément stipulé qu'il «*need not and will not reach a decision on the merits of the conclusion of the panel's decision*», (à la p. 13).
132. *Porcs vivants du Canada*, (16 juillet 1993), USA-91-1904-04 (Chapitre 19, Groupe spéc.).
133. *Ibid.*, à la p. 7.

> «*They do, nevertheless, provide this Panel with interpretations of the relevant provisions of the FTA and the U.S. implementing legislation which underlie our jurisdiction and authority.*»[134]

Pour ce qui est du programme FISI, ce nouveau groupe spécial, en adoptant le raisonnement des groupes spéciaux qui avaient étudié la question auparavant, a renvoyé l'affaire à l'ITA. En dépit de l'effet persuasif des décisions préalables, ce groupe spécial a confirmé la décision de l'ITA en ce qui a trait au plan Tripartite. Malgré l'absence du caractère obligatoire des précédents, le groupe spécial s'est néanmoins senti obligé en l'espèce de justifier sa conclusion différente de celles des deux groupes spéciaux précédents sur ce qui semble être la même question, en stipulant de façon détaillée en quoi les faits pertinents différaient dans les trois instances.[135] Il a conclu que le programme Tripartite constituait une pratique déloyale au sens du droit américain et donc que les exportateurs canadiens pouvaient être assujettis à des droits compensateurs.

L'expérience sous l'ALE avait donc déjà révélé les limites du mécanisme de règlement des différends en matière de subventions et de dumping qui résultaient surtout du refus par les groupes spéciaux de se sentir liés par les conclusions de groupes spéciaux antérieurs.

## III. ÉVALUATION DES MÉCANISMES

Avec l'entrée en vigueur de l'ALENA, l'Amérique du Nord devient la zone de libre échange la plus importante au monde. Dans un contexte de mondialisation des échanges internationaux, il est de plus en plus important d'assurer une saine concurrence entre les principaux blocs commerciaux et, partant, à l'intérieur même des zones. On constate que, malgré une tendance constante vers la libéralisation du commerce, il subsiste un certain protectionnisme larvé. Le besoin de mettre en place des mécanismes efficaces de règlement des différends n'en est que plus impérieux.

Il faut toutefois tenir compte d'un certain nombre d'obstacles à l'implantation de ces mécanismes. Ils sont de deux ordres. D'abord, le contexte de droit international implique que le principe de souveraineté des États demeure fondamental et conditionne toute nouvelle règle de droit commercial

---

134. *Ibid.*
135. Quelques unes des différences soulignées étaient les suivantes: *For example, in* Swine IV, *Commerce found that only 52 percent of all Tripartite payments went to hog producers during the period of the review and that hog producers had received only 51 percent of benefits to date. In contrast, in this proceeding those percentages are 81 and 72 percent, respectively. Commerce, therefore, found that hog producers were the dominant users of Tripartite and this Panel has affirmed this finding. There was no such finding made in* Swine IV. *Ibid.*, à la p. 20.

international. En second lieu, on doit convenir que le domaine que ces mécanismes visent à encadrer est très complexe. En effet, on s'aperçoit que les règles juridiques de droit interne se font de plus en plus techniques et sophistiquées, surtout en matière de dumping et de subventions.

Ainsi, pour garantir une sécurité économique optimale et pour faire en sorte que l'issue des échanges soit prévisible dans les faits, il importe que les mécanismes de règlement des différends soient à la fois efficaces, souples et rapides. Ils doivent également être d'une impartialité au-dessus de tout soupçon afin d'en assurer la crédibilité. C'est dans ce contexte général que l'ALENA a été négocié et c'est à la lumière de celui-ci que le résultat doit être évalué.

Comme on l'a vu, les négociateurs de l'ALENA n'ont pas manqué l'occasion d'apporter des modifications importantes à l'ancien Chapitre 18 de l'ALE, devenu le Chapitre 20 de l'ALENA, qui traite du mécanisme général de règlement des différends. On n'a qu'à penser, à titre d'exemple, à l'introduction de la méthode de sélection inverse des membres des groupes spéciaux qui traduit une volonté de rendre les délibérations de ces groupes plus neutres et moins susceptibles de subir les pressions politiques des Parties en litige; c'était d'ailleurs là, on l'aura constaté, une des principales faiblesses de la méthode de sélection qui existait sous le Chapitre 18 de l'ALE.

A la lumière de cette manifestation de la volonté des Parties de dépolitiser les mécanismes généraux de règlement des différends sous l'ALENA, on ne peut qu'être déçu du fait qu'aucune modification en ce sens n'a été apportée aux dispositions du Chapitre 19 de l'ALE en matière de dumping et de subventions. Ceci est d'autant plus étonnant que les litiges qui ont été soumis à la procédure du Chapitre 19 de l'ALE depuis 1988 ont donné lieu à encore bien plus de pressions politiques ouvertes que sous le Chapitre 18.

On se souviendra que tant le Canada en 1986 que le Mexique en 1990 se sont butés à un refus catégorique de la part des États-Unis de permettre la création d'une réglementation unique et d'un organisme supra-national de règlement des différends en matière de dumping et de subventions. Il s'agit pourtant là de la seule véritable façon d'harmoniser le droit national des États signataires et d'assurer à tous un droit d'accès égal au marché des autres; c'est fort probablement cette réalité qui explique d'ailleurs la forte opposition américaine à l'instauration d'un tel système. Une autre solution pour assurer une plus grande cohésion aurait également été la mise en place d'un corps administratif plus permanent que les groupes spéciaux tel, par exemple, le groupe d'appel instauré récemment sous le GATT par l'Accord de l'*Uruguay Round* dont les membres sont dorénavant nommés pour des termes fixes de quatre ans; cette alternative n'a pas non plus été retenue.

Le défaut par les Parties à l'Accord d'avoir pu s'entendre sur cette questions laisse planer un doute sérieux quant à la neutralité du mécanisme retenu. On doit en effet déplorer qu'on n'a pas cru bon réviser à tout le moins le mode de sélection des membres des groupes spéciaux, qui semble pourtant un élément clef afin d'assurer leur neutralité. Les Parties à l'Accord auraient en effet pu, ici aussi, avoir recours à la méthode de sélection inverse qui a été introduite par l'ALENA sous le Chapitre 20. En plus d'assurer une plus grande neutralité réelle, une telle méthode de sélection inverse donnerait aussi une plus grande apparence d'impartialité aux groupes spéciaux et, partant, une plus grande crédibilité.

Le maintien du mécanisme du Chapitre 18 de l'ALE laisse également planer un doute sur l'efficacité et la crédibilité de ce dernier vu que l'ALENA n'adresse aucunement les problèmes des recours répétitifs et des décisions contradictoires déjà rencontrés sous l'ALE. Comme on l'a vu, l'absence de règle de *stare decisis* fut maintes fois affirmée par les groupes spéciaux et il en est résulté une succession de recours répétitifs qui soulevaient essentiellement les même questions mais qui résultaient néanmoins en des conclusions parfois contradictoires. On a pu cependant constater que les groupes spéciaux se sentent de plus en plus obligés de référer aux précédents traitant de l'application d'une même législation nationale et d'expliquer, s'il y a lieu, pourquoi leur décision diffère de ces derniers. La force persuasive, quoique non obligatoire, de tels précédents semble donc acquise et il est possible d'espérer qu'une certaine cohésion saura s'installer, comme cela se fait d'ailleurs très aisément dans les systèmes juridiques de droit civil qui ne reconnaissent pas, eux non plus, la règle de *stare decisis*. Enfin, le fait que les Parties ont convenu de nommer dorénavant principalement des juges pour siéger sur les groupes spéciaux et que des groupes de travail portant sur la définition des subventions et du dumping ont finalement été mis sur pied, devraient également contribuer à assurer cette cohésion.

Au contexte général de la mondialisation des marchés énoncé plus haut, il faut ajouter le contexte très particulier qui a entouré la négociation de l'ALENA qui résulte de l'ajout du Mexique à la dyade nord-américaine et qui force à accomplir un nouvel équilibre économique et commercial entre trois partenaires oeuvrant dans des conjonctures internes fort différentes les unes des autres. De nouveaux problèmes spécifiques sont apparus et de nouvelles craintes ont été exprimées par chacune des parties à l'ALENA.

Ainsi, on l'aura vu, le Canada et les États-Unis ressentaient des politiques mexicaines, plus adaptées à une économie en développement qu'à celle d'un pays fortement industrialisé. A l'inverse, le Mexique a formulé à son tour un certain nombre de craintes pouvant essentiellement se résumer en une volonté de ne pas être écrasé par des voisins aux assises plus solides.

A la lecture de l'ALENA, on s'aperçoit que ces craintes ont été traitées pour l'essentiel : les parties ont codifié, dans les mécanismes de règlement des différends, les mêmes principes de justice fondamentale - ou de «*due process*» - que l'on retrouve dans plusieurs systèmes de droit interne. On pense en particulier au respect de la règle de droit, à l'indépendance et à la transparence du système d'adjudication aussi qu'à la règle *audi alteram partem*. Il faut souligner à cet égard que l'expérience vécue par les parties à l'ALE a sans aucun doute été fort profitable, attendu qu'il existait, là aussi, un rapport de force qui se traduisait par une inégalité génératrice d'inquiétudes de part et d'autre.

Ce désir de rétablir l'équilibre ne traduirait-il pas au fond une prise de conscience générale par tous les acteurs économiques mondiaux de la nécessité d'assainir un climat de concurrence sauvage dans lequel certains ont pu retirer des bénéfices énormes pendant un certain temps, mais qui encourage fatalement les tendances protectionnistes des pays vulnérables? Il semble en effet clair que les puissances économiques ne peuvent plus compter exclusivement sur leur marché interne s'ils veulent continuer de croître et de progresser. L'ouverture de nouveaux marchés constitue une porte de sortie pour les dirigeants de pays dont les citoyens ont été habitués à une certaine prospérité. Il n'est plus possible, dans le contexte actuel, de répondre à un protectionnisme par un autre protectionnisme.

L'équité de traitement et l'ouverture de leurs marchés internes aux exportateurs étrangers sont peut-être le prix que les grandes puissances économiques ont à payer pour conserver une vitalité autrement inaccessible. Si d'aucuns considèrent cela comme une abdication de souveraineté, soit. Mais il est temps que ces critiques prennent conscience d'une réalité incontournable, à savoir que l'interdépendance implique nécessairement une certaine dépendance.

Malgré ses lacunes, l'ALENA marque en fait l'engagement irréversible du continent nord-américain dans la course vers ce nouvel ordre international dominé par l'économie globale.