

Le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord après l'Accord Canada – États-Unis – Mexique

Charles-Emmanuel Côté

Numéro hors-série, mars 2022

L'Accord Canada-États-Unis-Mexique

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1090926ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1090926ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Côté, C.-E. (2022). Le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord après l'Accord Canada – États-Unis – Mexique. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 237–256.
<https://doi.org/10.7202/1090926ar>

Résumé de l'article

Cet article se penche sur le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord après l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM). Ce nouvel accord remplace l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), mais il reproduit les trois mêmes mécanismes de règlement des différends que son prédécesseur, avec certaines modifications notables, surtout en matière de travail, d'environnement et d'investissement. L'ALÉNA prévoyait un mécanisme général de règlement des différends, mais aussi un mécanisme spécial d'examen des droits antidumping ou compensateurs par des groupes spéciaux binationaux, ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État (RDIE) dans son célèbre chapitre 11. La première partie examine les améliorations apportées au mécanisme général de règlement des différends. La deuxième partie étudie le maintien du mécanisme des groupes spéciaux binationaux en matière de dumping et de subventionnement. La troisième partie met en lumière le relâchement du mécanisme de RDIE dans l'ACÉUM. L'article conclut qu'une continuité s'observe entre l'ACÉUM et l'ALÉNA en matière de règlement des différends, en ce qui concerne le mécanisme général et le mécanisme spécial pour le dumping et le subventionnement, alors qu'une rupture nette s'opère en matière d'investissement avec le mécanisme de RDIE.

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX ÉCONOMIQUES EN AMÉRIQUE DU NORD APRÈS L'ACCORD CANADA – ÉTATS-UNIS – MEXIQUE

Charles-Emmanuel Côté*

Cet article se penche sur le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord après l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM). Ce nouvel accord remplace l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), mais il reproduit les trois mêmes mécanismes de règlement des différends que son prédécesseur, avec certaines modifications notables, surtout en matière de travail, d'environnement et d'investissement. L'ALÉNA prévoyait un mécanisme général de règlement des différends, mais aussi un mécanisme spécial d'examen des droits antidumping ou compensateurs par des groupes spéciaux binationaux, ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État (RDIE) dans son célèbre chapitre 11. La première partie examine les améliorations apportées au mécanisme général de règlement des différends. La deuxième partie étudie le maintien du mécanisme de groupes spéciaux binationaux en matière de dumping et de subventionnement. La troisième partie met en lumière le relâchement du mécanisme de RDIE dans l'ACÉUM. L'article conclut qu'une continuité s'observe entre l'ACÉUM et l'ALÉNA en matière de règlement des différends, en ce qui concerne le mécanisme général et le mécanisme spécial pour le dumping et le subventionnement, alors qu'une rupture nette s'opère en matière d'investissement avec le mécanisme de RDIE.

This article examines the settlement of international economic disputes in North America following the Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA). This new agreement replaces the North American Free Trade Agreement (NAFTA), but it reproduces the same three dispute settlement mechanisms of its predecessor, with some notable changes, especially in the areas of labor, environment and investment. NAFTA provided for a general dispute settlement mechanism, but also a special mechanism for reviewing anti-dumping or countervailing duties by binational panels, as well as an investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism in its famous Chapter 11. The first part examines the improvements made to the general dispute settlement mechanism. The second part examines the maintenance of the mechanism of binational panels on dumping and subsidization. The third part highlights the loosening of the (ISDS) mechanism in CUSMA. The article concludes that there is continuity between CUSMA and NAFTA in dispute settlement, with respect to the general mechanism and the special mechanism for dumping and subsidization, while a clear break occurs with the ISDS mechanism.

Este artículo examina la resolución de conflictos económicos internacionales en América del Norte tras el Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC). Este nuevo tratado sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero reproduce los mismos tres mecanismos de resolución de disputas que su predecesor, con algunos cambios notables, sobre todo en las áreas de trabajo, medio ambiente e inversión. El TLCAN preveía un mecanismo general de resolución de disputas, pero también un mecanismo especial para la revisión por parte de un panel binacional de los derechos antidumping o compensatorios, y un mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE) en su famoso Capítulo 11. En la primera parte se examinan las mejoras al mecanismo general de solución de disputas. La segunda parte examina la continuación del mecanismo del panel binacional en los ámbitos de dumping y subvenciones. La tercera parte pone de relieve el aflojamiento del mecanismo de SCIE en el T-MEC. El documento concluye que existe una continuidad entre el T-MEC y el TLCAN en el ámbito de la solución de controversias, en lo que respecta al mecanismo general y al mecanismo especial para el dumping y las subvenciones, mientras que hay una clara ruptura en el ámbito de la inversión con el mecanismo de SCIE.

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, Canada.

Les mécanismes par lesquels les parties peuvent régler leurs différends concernant l'application ou l'interprétation d'un accord de libre-échange sont une de leurs caractéristiques essentielles. Contrairement à d'autres types de traités, les accords commerciaux internationaux prévoient généralement des mécanismes sophistiqués, qui encadrent la manière dont un État peut invoquer la responsabilité d'un autre État en cas de manquement à ses obligations, de même que les contre-mesures que l'État lésé peut éventuellement vouloir imposer. Les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont accès à l'un des mécanismes de règlement des différends les plus efficaces qui soit en droit international, malgré ses déboires récents avec le blocage de la nomination des membres de son Organe d'appel¹. Comme les grandes obligations des accords de libre-échange reproduisent celles des accords de l'OMC, il ne faut pas se surprendre si les États préfèrent généralement recourir au mécanisme multilatéral pour régler leurs différends. Pourtant, les accords de libre-échange contiennent des engagements propres pour lesquels le mécanisme de l'OMC ne peut être saisi, ce qui explique pourquoi ces accords continuent de prévoir leur propre mécanisme de règlement des différends. Non seulement un mécanisme général est-il prévu, mais parfois, les accords de libre-échange prévoient aussi un ou des mécanismes spéciaux visant les différends concernant un chapitre spécifique de l'accord, pouvant même dépasser le cadre interétatique pour reconnaître des droits procéduraux aux personnes privées. C'est le cas particulièrement des accords qui comprennent un chapitre sur l'investissement, avec un mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État (RDIE).

Le règlement des différends relatifs à l'*Accord de libre-échange nord-américain* entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique² (*ALÉNA*) ne faisait pas exception. L'*ALÉNA* prévoyait non seulement un mécanisme général de règlement des différends, dans son chapitre 20, mais aussi un mécanisme spécial d'examen des droits antidumping ou compensateurs par des groupes spéciaux binationaux dans son chapitre 19, ainsi qu'un mécanisme de RDIE dans son célèbre chapitre 11. Le nouvel *Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*³ (*ACÉUM*) remplace l'*ALÉNA*, mais il reproduit les trois mêmes mécanismes de règlement des différends, avec certaines modifications notables, surtout en matière de travail, d'environnement et d'investissement.

¹ *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3 (entrée en vigueur 1^{er} janvier 1995) [*Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*]. Voir généralement Dominique Carreau et al, *Droit international économique*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2017 aux pp 119-56. Sur le blocage actuel du mécanisme, voir Nicolas Gervais et André-Philippe Ouellet, « L'échapper belle : AMPA ou MPIA. Quatre lettres au secours du système de règlement des différends à l'OMC » (2019) 32:2 RQDI 29 à la p 32.

² *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

³ *Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*, en annexe du *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5, modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 10 décembre 2019, RT Can 2020 n° 6 [*ACÉUM*].

Cet article se penche sur le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord sous le nouveau régime de l'*ACÉUM*. La première partie examine les améliorations apportées au mécanisme général de règlement des différends (I). La deuxième partie étudie le maintien du mécanisme des groupes spéciaux binationaux en matière de dumping et de subventionnement (II). La troisième partie met en lumière le relâchement du mécanisme de RDIE (III). L'article conclut qu'une continuité s'observe entre l'*ACÉUM* et l'*ALÉNA* en matière de règlement des différends, en ce qui concerne le mécanisme général et le mécanisme spécial pour le dumping et le subventionnement, alors qu'une rupture nette s'opère en matière d'investissement avec le mécanisme de RDIE.

I. L'amélioration du mécanisme général de règlement des différends

Les ratés du mécanisme général de règlement des différends du chapitre 20 de l'*ALÉNA* (A) ont conduit à plusieurs améliorations dans celui maintenant prévu dans le chapitre 31 de l'*ACÉUM*, dont les plus importantes ont été apportées *in extremis* lors de la renégociation (B).

A. Les ratés du chapitre 20 de l'*ALÉNA*

Le mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*, prévu par son chapitre 20, reprenait essentiellement celui mis en place par le chapitre 18 de son prédécesseur, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*⁴ (*ALÉ*). Le Canada eut souhaité la création d'un véritable tribunal du commerce nord-américain, à l'image de la Cour de justice des Communautés européennes de l'époque, mais il avait dû se plier à la préférence des États-Unis pour un mécanisme de type arbitral beaucoup moins institutionnalisé⁵. La mise en place d'un mécanisme de règlement des différends avait été cruciale pour le Canada, l'inégalité de puissance entre les deux pays rendant tout type de mécanisme plus souhaitable que la simple diplomatie⁶.

Le mécanisme prévu par le chapitre 20 ressemblait davantage à celui de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*⁷ (*GATT* de 1947) qu'à son

⁴ *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* 22 décembre 1987, RT Can 1989 n° 3 [ALÉ]. Voir généralement Jean-Gabriel Castel, « The Settlement of Disputes under the 1988 Canada-United States Free Trade Agreement » (1989) 83 AJIL 118 à la p 120.

⁵ David A. Gantz, « The United States and Dispute Settlement under the North American Free Trade Agreement : Ambivalence, Frustration, and Occasional Defiance », dans Cesare PR Romano, dir, *The Sword and the Scales : The United States and International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 356 à la p 363 [Gantz, « NAFTA »].

⁶ William C Graham, « Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement* : One Element of a Complex Relationship » (1992) 37:2 RD McGill 544 aux pp 551-52; Robert Hage, « Dispute Settlement under the Canada-United States Free Trade Agreement » (1990) 28 ACIDI 361 aux pp 361-62.

⁷ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187, RT Can 1947 n° 27, art 22-23 (application provisoire : 1er janvier 1948) [*GATT* de 1947].

successeur de l'OMC⁸. Aucun organe permanent n'a été créé, les différends étant tranchés par un groupe spécial arbitral *ad hoc* de cinq membres, sans possibilité d'appel. La Commission du libre-échange nord-américain, organe politique réunissant les ministres du commerce extérieur des trois parties, intervenait à différents stades du processus⁹. Une différence notable avec le mécanisme du *GATT* de 1947 était que l'institution du groupe spécial était automatique à la demande d'une partie¹⁰. En revanche, la sélection de ses membres ne l'était pas et fut l'une des principales causes de désaffection du chapitre 20. Le rapport du groupe spécial contenait ses constatations sur la compatibilité de la mesure attaquée avec l'*ALÉNA* et formulait des recommandations pour le règlement du différend¹¹. Contrairement au *GATT* de 1947, le rapport n'avait pas à être formellement adopté par les parties ou la Commission, mais son contenu n'était pas exécutoire et devait plutôt permettre aux parties de s'entendre sur la solution du différend, consistant si possible en le retrait de la mesure ou encore l'octroi d'une compensation d'ordre tarifaire ou autre¹². À défaut de règlement amiable, la partie demanderesse pouvait imposer des contre-mesures, dont la proportionnalité avec le préjudice commercial subi pouvait elle-même faire l'objet d'un examen par le groupe spécial, à la demande d'une partie¹³.

Malgré son importance pour la conclusion de l'*ALÉNA*, le mécanisme du chapitre 20 a rapidement été délaissé puisque seules trois affaires ont été soumises à un groupe spécial entre 1994 et 2020, toutes au cours de ses sept premières années d'opération¹⁴. Cette désaffection s'explique essentiellement par deux facteurs. D'une part, les parties ont préféré s'en remettre au nouveau mécanisme de règlement des différends de l'OMC, jugé plus efficace avec sa juridiction quasi-obligatoire, son Organe d'appel et sa plus grande institutionnalisation¹⁵. En effet, la plupart des différends commerciaux entre les parties pouvaient être soumis soit à l'OMC, soit au mécanisme du chapitre 20, en raison de l'identité des disciplines fondamentales entre

⁸ Sur le mécanisme du chapitre 20 de l'*ALÉNA*, voir généralement Daniel Turp, « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends » (1992) 38 *AFDI* 808; Helen Antoniou, « Une évolution des mécanismes de règlement des différends : de l'*ALÉ* à l'*ALÉNA* » (1993) 24 *RDU* 71; David S Huntington, « Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement » (1993) 34:2 *Harv Int'l LJ* 407.

⁹ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 2007(1), 2008(2), 2012(1) et art 2019(3).

¹⁰ *Ibid.*, art 2008(2); Gantz, « *NAFTA* », *supra* note 5 à la p 386.

¹¹ *Ibid.*, art 2012(3).

¹² *Ibid.*, art 2018.

¹³ *Ibid.*, art 2019. Un tel recours n'existait pas dans le mécanisme du chapitre 18 de l'*ALÉ*.

¹⁴ Secrétariat de l'*ACÉUM*, *Publications. Décisions et rapports*, en ligne : <can-mex-usa-sec.org>. Voir *Dans l'affaire des services transfrontière de camionnage (Mexique c États-Unis)* (2001), USA-MEX-98-2008-01 (Groupe spécial chapitre 20); *Dans l'affaire des mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en paille de Sorgho du Mexique (Mexique c États-Unis)* (1998), USA-97-2008-01 (Groupe spécial chapitre 20); *Tarifs douaniers appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des États-Unis d'Amérique (États-Unis c Canada)* (1996), CDA-95-2008-01 (Groupe spécial chapitre 20). Un auteur a recensé une dizaine d'autres affaires qui n'aurait pas dépassé le stade des consultations. À titre de comparaison, cinq affaires avaient été soumises au mécanisme du chapitre 18 de l'*ALÉ* entre 1989 et 1994. Gantz, « *NAFTA* », *supra* note 5 aux pp 388-89.

¹⁵ Gantz, « *NAFTA* », *supra* note 5 aux pp 390-91. Un autre argument avancé par Gantz est l'insatisfaction des États-Unis à l'égard des motifs des rapports rendus au titre du mécanisme du chapitre 18 de l'*ALÉ*, qui aurait créé un préjugé défavorable à l'égard de celui du chapitre 20 de l'*ALÉNA*.

les accords de l'OMC et l'*ALÉNA*¹⁶. Toutefois, le chapitre 20 demeurerait nécessaire pour le règlement des différends portant sur les engagements propres à l'*ALÉNA*. D'autre part, les lacunes dans les règles de sélection des membres des groupes spéciaux ont rendu leur formation extrêmement laborieuse.

Le problème résidait dans l'omission des parties de constituer la liste de personnes aptes à agir comme membre des groupes spéciaux, qui devait être adoptée par consensus puis renouvelée aux trois ans¹⁷. Les parties devaient sélectionner le président du groupe spécial par consensus, à défaut de quoi une partie tirée au sort pouvait le faire, tandis que chaque partie devait choisir deux membres de la nationalité de l'autre partie, à défaut de quoi les membres étaient tirés au sort à partir de la liste¹⁸. Une partie conservait certes le droit de sélectionner une personne n'apparaissant pas dans cette liste, mais dans ce cas l'autre partie pouvait la récuser sans motif¹⁹. Le défaut d'adopter ou de renouveler la liste par consensus a d'abord permis aux États-Unis d'étirer la phase de sélection des membres du groupe spécial — censée durer environ un mois — à six mois dans les deux premières affaires, puis quatorze mois dans la troisième, pour ensuite la bloquer complètement dans le conflit du sucre avec le Mexique²⁰. Cette dernière affaire illustre les lacunes du chapitre 20 et les problèmes complexes soulevés par l'enchevêtrement des mécanismes de règlement des différends internationaux économiques. Après avoir tenté sans succès de former un groupe spécial pour connaître de sa plainte concernant son accès au marché du sucre aux États-Unis, au titre des engagements pris dans l'*ALÉNA*, le Mexique a choisi d'imposer des contre-mesures à ces derniers en frappant d'une surtaxe les boissons gazeuses contenant du sirop de maïs riche en fructose. Ces contre-mesures ont à leur tour été contestées avec succès par les États-Unis, mais cette fois à l'OMC, qui a refusé de décliner compétence malgré les procédures engagées en vertu de l'*ALÉNA*²¹. Au surplus, trois entreprises américaines du secteur agroalimentaire établies au Mexique ont réclamé avec succès des dommages-intérêts en vertu du mécanisme de RDIE de l'*ALÉNA*²². Pourtant, la plainte initiale du Mexique au titre du chapitre 20 n'a jamais pu être soumise à un groupe spécial en raison de l'obstruction des États-Unis. L'accès à la justice de l'*ALÉNA* était ainsi grandement miné par ces lacunes techniques concernant la sélection des membres des groupes spéciaux.

¹⁶ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2005.

¹⁷ *Ibid.*, art 2009(1); Simon Lester, Inu Manak et Andrej Arpas, « Access to Trade Justice : Fixing NAFTA's Flawed State-to-State Dispute Settlement Process » (2019) 18:1 World Trade Rev 63 à la p 67; Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 387.

¹⁸ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2011(1).

¹⁹ *Ibid.*, art 2011(3).

²⁰ *Ibid.*, art 2011(1); Lester, Manak et Arpas, *supra* note 17 aux pp 67-68.

²¹ *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool (Plainte des États-Unis)* (2006), Doc OMC WT/DS308/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel); Patricia Larios, « The Fight at the Soda Machine: Analyzing the Sweetener Trade Dispute Between the United States and Mexico Before the World Trade Organization » (2005) 20:3 Am U Int'l L Rev 649.

²² Voir *ADM c Mexique*, Sentence, (21 novembre 2007), Aff CIRDI n° ARB(AF)/04/05; *Cargill c Mexique*, Sentence, (18 septembre 2009) Aff CIRDI n° ARB(AF)/05/2; *Corn Products c Mexique*, Décision sur la responsabilité, (15 janvier 2008) Aff CIRDI n° ARB(AF)/04/01.

B. L'amélioration *in extremis* du chapitre 31 de l'ACÉUM

Dès le début de la renégociation de l'ALÉNA, les États-Unis ont exprimé le souhait de rendre le mécanisme général de règlement des différends moins contraignant que celui du chapitre 20²³. Dans cette perspective, le simple fait de maintenir le mécanisme sans le diluer constituait un gain pour le Canada et le Mexique. Cela explique pourquoi le mécanisme initialement convenu le 30 novembre 2018 dans le chapitre 31 de l'ACÉUM est une reproduction du chapitre 20, avec quelques avancées notables. L'utilisation des technologies de l'information est désormais prévue, tout comme la possibilité de convenir d'un groupe spécial de trois membres plutôt que cinq, ou encore de nouvelles règles de preuve et de procédure assurant la publicité des travaux des groupes spéciaux et leur pouvoir d'accepter de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*²⁴. À l'instar du mécanisme de l'OMC, un nouveau recours permet aussi à la partie défenderesse de demander au groupe spécial de se prononcer sur l'élimination de la mesure non conforme, lorsque la demanderesse le conteste et maintient ses contre-mesures²⁵.

L'avancée la plus notable de la version initiale du chapitre 31 de l'ACÉUM réside cependant dans l'inclusion des différends concernant l'application des chapitres 23 sur le travail et 24 sur l'environnement. La coopération relative à ces deux domaines et leurs liens avec le libre-échange étaient régis par l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*²⁶ (ANACT) et l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*²⁷ (ANACDE) qui prévoyaient leur propre mécanisme de règlement des différends distinct de celui du chapitre 20 de l'ALÉNA²⁸. Ces accords-parallèles avaient été négociés à la demande de la nouvelle administration Clinton, comme condition à la ratification de l'ALÉNA par les États-Unis²⁹. Ces mécanismes interétatiques spéciaux n'ont jamais été utilisés, mais les particuliers se sont fréquemment prévalus de leur droit de soumettre des communications au Secrétariat de la Commission de coopération environnementale (CCE) ou au Bureau administratif national (BAN) d'une partie en matière de travail³⁰. L'ACÉUM suit la pratique ultérieure des États-Unis — et celle plus récente du Canada — de régir ces questions dans un chapitre de l'accord de libre-échange plutôt que dans des accords distincts.

²³ David A Gantz, *An Introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement: Understanding the New NAFTA*, Cheltenham (RU), Edward Elgar, 2020 aux pp 21, 46 et 59-62 [Gantz, *Introduction*].

²⁴ ACÉUM, *supra* note 3 arts 31.4.7, 31.9.1a), 31.11 et 31.12.

²⁵ *Ibid*, art 31.19.3b).

²⁶ *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, 14 septembre 1993, RT Can 1994 n° 4 (entrée en vigueur : janvier 1994) [ANACT].

²⁷ *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, 32 ILM 1480, en ligne : *Commission de coopération environnementale* <cec.org> [ANACDE].

²⁸ ANACT, *supra* note 26, arts 27-41; ANACDE, *ibid*, arts 22-36. Voir généralement Armand de Mestral, « The Significance of the NAFTA Side Agreements on Environmental and Labour Cooperation » (1998) 15 *Ariz J Int'l & Comp L* 169.

²⁹ Armand de Mestral, « The North American Free Trade Agreement : A Comparative Analysis » (1998) 275 *Rec cours* 219 aux pp 252-255.

³⁰ CCE, *Registre des communications*, en ligne : <cec.org>. Le site web de l'ancienne Commission nord-américaine de coopération dans le domaine du travail contenait un registre des communications du public soumises en vertu de l'ANACDT mais il a été désactivé après son extinction par l'ACÉUM.

Le chapitre sur le travail oblige les parties à adopter et maintenir les droits énoncés notamment dans la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*³¹, alors que celui sur l'environnement les oblige à ne pas omettre d'appliquer et faire respecter de manière effective leurs lois environnementales fédérales par des actions ou des inactions soutenues ou récurrentes³². Cette limitation à la législation environnementale fédérale semble marquer un recul par rapport à l'*ANACDE* en ce qui concerne le Canada, puisque certaines provinces, dont le Québec, étaient aussi visées par celui-ci³³. Seule la législation fédérale est visée par le chapitre sur le travail en ce qui concerne les États-Unis et le Mexique, mais pas le Canada, ce qui marque un élargissement de sa portée à toute la législation provinciale, contrairement à l'*ANACT* qui ne visait que la législation de certaines provinces, incluant le Québec³⁴. Tout manquement au chapitre 23 ou 24 peut être soumis par une partie à un groupe spécial, suivant le mécanisme général du chapitre 31, mais uniquement après s'être prêté à des consultations obéissant à des règles spéciales³⁵. L'*ACÉUM* maintient par ailleurs la procédure éprouvée de soumission de communications du public au sujet d'une partie, auprès d'une autre partie dans le domaine du travail, ou du Secrétariat de la CCE dans le domaine de l'environnement³⁶. La CCE est d'ailleurs maintenue en place par un nouvel accord allégé qui remplace l'*ANACDE*, tandis que l'*ANACT* est simplement éteint³⁷. Par conséquent, les différends en matière de coopération dans les domaines du travail et de l'environnement ne sont plus relégués à un mécanisme parallèle, mais sont désormais traités sur le même pied que les différends commerciaux.

La véritable amélioration du mécanisme du chapitre 20 de l'*ALÉNA* est le fruit des conditions posées *in extremis* par le Congrès américain dans le processus de ratification de l'*ACÉUM*. Une série d'amendements au texte initial du chapitre 31 ont été convenus dans un protocole afin de renforcer le mécanisme général de règlement des différends³⁸. La pression du Congrès visait surtout à garantir l'application des chapitres sur le travail et l'environnement³⁹. Un problème propre à ces deux chapitres

³¹ Conférence internationale du travail, 86^e session (1998), en ligne : *Organisation internationale du travail* <ilo.org>.

³² *ACÉUM*, *supra* note 3, arts 23.3 et 24.2.

³³ *ANACDE*, *supra* note 27, art 41 et Annexe 41; *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, LRQ c M-35.2, art 2.

³⁴ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 23.1, *sub verbo* « lois et règlements »; *ANACT*, *supra* note 26, art 46 et Annexe 46; *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, *supra* note 33 art 2; Charles-Emmanuel Côté, « La doctrine Gérin-Lajoie et le domaine du travail : une relation retrouvée », (2016) hors-série RQDI 205 aux pp 218-223.

³⁵ *ACÉUM*, *supra* note 3, arts 23.17 et 24.29-24.32. Les membres du groupe spécial autres que le président doivent dans ce cas avoir une compétence particulière dans le domaine du travail ou de l'environnement, selon le cas (*ibid.*, art 31.8.3).

³⁶ *Ibid.*, arts 23.11 et 24.27.

³⁷ *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, *supra* note 33, art 3; *Accord de coopération dans le domaine de l'environnement entre les gouvernements du Canada, des États-Unis et du Mexique*, 18 décembre 2018, RT Can 2020 n° 7, art 17(1).

³⁸ *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, *supra* note 3, art 7.

³⁹ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 aux pp 61 et 64.

est réglé en prévoyant une présomption simple que le manquement d'une partie a un effet sur le commerce ou l'investissement, condition qui a posé des difficultés dans une affaire mettant en cause un autre accord de libre-échange des États-Unis⁴⁰.

Deux nouveaux mécanismes de réaction rapide sont aussi créés entre le Mexique et chaque autre partie concernant le déni de certains droits des travailleurs dans des « installations particulières »⁴¹. Ces dernières sont des entreprises œuvrant dans les secteurs manufacturier, minier et des services⁴². Les seuls droits visés par ces mécanismes sont le droit à la liberté d'association et le droit à la négociation collective garantis par la législation fédérale mettant en œuvre le chapitre sur le travail⁴³. Une partie peut demander à un groupe spécial de réaction rapide d'examiner si une situation de déni de droits existe au sein d'une installation d'une autre partie et si des mesures correctives appropriées ont été prises⁴⁴. En l'absence de telles mesures, la demanderesse peut frapper spécifiquement l'entreprise fautive de mesures de réparation, pouvant aller de la suspension des préférences tarifaires, à des pénalités, voire au refus d'entrée des produits en cas de récidive⁴⁵. L'utilisation abusive de ces mécanismes bilatéraux peut-elle même faire l'objet d'une plainte au titre du chapitre 31, dont la sanction peut être sa suspension temporaire⁴⁶. Ces nouveaux mécanismes de réaction rapide ne visent donc pas le défaut général de l'État de légiférer dans le domaine du travail, couvert par le mécanisme général du chapitre 31, mais plutôt les pratiques propres à certaines entreprises, ce qui constitue une première dans un accord de libre-échange.

Les autres améliorations apportées *in extremis* au chapitre 31 répondent aux problèmes du chapitre 20 en facilitant la constitution des groupes spéciaux, ce qui profite cette fois aussi aux différends commerciaux⁴⁷. Les règles concernant l'adoption de la liste des personnes aptes à être nommées membres d'un groupe spécial sont grandement assouplies et ne permettent plus à une partie de l'empêcher⁴⁸. Plutôt que de devoir adopter impérativement la liste entière de trente personnes par consensus, chaque partie doit désigner au plus dix personnes et la liste peut ainsi être constituée d'un nombre moindre même si une partie refuse de le faire. Elle demeure

⁴⁰ David A Gantz et Sergio Puig, « The Scorecard of the USMCA Protocol of Amendment », *EJIL :Talk! Blog of the European Journal of International Law*, (23 décembre 2019) Voir *In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR (États-Unis c Guatemala)* (2017), para 164-197 (ALÉ République dominicaine – Amérique centrale – États-Unis, Groupe spécial chap 20), en ligne : *Office of the USTR* <ustr.gov>.

⁴¹ *ACÉUM*, *supra* note 3, Annexe 31-A et 31-B.

⁴² *Ibid*, arts 31-A.15 et 31-B.15. Les produits ou services fournis par ces entreprises doivent entrer en concurrence avec des produits ou services d'une autre partie.

⁴³ *Ibid*, arts 31-A.2 et 31-B.2. En ce qui concerne le Canada, cette restriction à la législation fédérale diminue grandement l'intérêt du mécanisme puisque l'essentiel des travailleurs est protégé par la législation provinciale.

⁴⁴ *Ibid*, arts 31-A.4 et 31-B.4.

⁴⁵ *Ibid*, arts 31-A.10 et 31-B.10.

⁴⁶ *Ibid*, arts 31-A.11 et 31-B.11.

⁴⁷ Une autre amélioration apportée *in extremis* au chapitre 31 consiste en la réduction du rôle de la Commission du libre-échange, dont la saisine après les consultations n'est plus une condition à la demande d'institution d'un groupe spécial. *Ibid*, art 31.5.

⁴⁸ *Ibid*, art 31.8.

en vigueur trois ans ou tant qu'une nouvelle désignation n'est pas effectuée, ce qui règle le problème de son non-renouvellement. L'obstruction du processus de désignation des membres du groupe spécial est aussi rendue plus difficile, puisqu'en cas d'inaction de la défenderesse dans la désignation des membres, la demanderesse peut le faire à sa place à partir de la liste⁴⁹. Le moyen le plus sûr de régler définitivement ces problèmes aurait sans doute été de désigner une autorité de nomination comme le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage ou le Directeur général de l'OMC, mais cette solution n'a pas été envisagée⁵⁰. Enfin, le droit des parties de récuser sans motif une personne ne figurant pas sur la liste est maintenant limité, puisqu'il ne peut être exercé lorsqu'aucune personne qualifiée et disponible sur la liste n'a l'expertise spécialisée nécessaire.

Ces solutions apportées aux problèmes du chapitre 20 de l'*ALÉNA* subissent déjà le test de la réalité, puisque les deux premiers différends commerciaux soumis à des groupes spéciaux en vertu du chapitre 31 ont conduit à l'adoption de rapports finaux concernant, d'une part, des mesures de sauvegarde imposées par les États-Unis et, d'autre part, certaines modalités de l'accès au marché des produits laitiers au Canada⁵¹. Washington a aussi déjà activé le nouveau mécanisme de réaction rapide en demandant à Mexico d'examiner des violations alléguées des droits des travailleurs dans une usine automobile située au Mexique⁵². Peu de temps avant, des travailleuses mexicaines ont soumis une première communication au bureau mexicain compétent concernant des manquements allégués des États-Unis au chapitre 23⁵³. La désaffection pour le mécanisme général de règlement des différends semble

⁴⁹ Des règles de procédures ont été adoptées par la Commission du libre-échange pour préciser les modalités de sélection des membres des groupes spéciaux lorsqu'une partie omet de désigner des personnes sur la liste et que cela entrave sa constitution. Commission du libre-échange de l'*ACÉUM*, *Règles de procédure pour le chapitre 31 (Règlement des différends)*, (2020), art 17, en ligne : *Secrétariat de l'ACÉUM* <can-mex-usa-sec.org>.

⁵⁰ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 67.

⁵¹ *Mesures de sauvegarde concernant certaines cellules photovoltaïques à base de silicium cristallin (Canada c États-Unis)* (2022), USA-CDA-2021-31-01 (Groupe spécial chapitre 31), en ligne : Secrétariat de l'*ACÉUM* <can-mex-usa-sec.org>; *Mesures d'attribution des contingents tarifaires laitiers (États-Unis c Canada)* (2021), CDA-USA-2021-31-01 (Groupe spécial chapitre 31), en ligne : Secrétariat de l'*ACÉUM* <can-mex-usa-sec.org>.

⁵² Thomas Kaplan, « The U.S. Asks Mexico to Investigate Allegations of Labor Violations at a G.M. Facility », *The New York Times* (12 mai 2021). Les États-Unis et le Mexique se sont entendus sur un train de mesures correctives concernant le déni des droits des travailleurs dans l'installation visée par la plainte. « Course of Remediation » (13 juillet 2021), en ligne : USTR <<https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/USMCA/Silao%20Course%20of%20Remediation%20FINAL%207.13.2021.pdf>>.

⁵³ Cette communication du public concernant des allégations de discrimination dans l'application d'un programme de travailleurs migrants fait suite à une autre soumise en 2016 au titre de l'*ANACT* et demeurée sans suite. Ryan H. Nelson, « Homegrown Discrimination », (2021) 12 Calif L Rev 1 aux pp 11-12. Voir *Amended Petition on Labor Law Matters Arising in the United States Submitted to the Labor Policy and Institutional Relations Unit through the General Directorate of Institutional Relations in the Secretariat of Labor and Social Welfare (STPS) regarding the Failure of the US Government to Effectively Enforce its Domestic Labor Laws and Promote the Elimination of Employment Discrimination in the H-2 Program in Violation of Chapter 23 of the United States – Mexico – Canada Agreement (USMCA)* (23 mars 2021), en ligne (pdf) : *Centro de los derecho del migrante* <cdmigrante.org>.

être chose du passé et le chapitre 31 l'*ACÉUM* pourrait connaître des jours meilleurs que le chapitre 20 de l'*ALÉNA*.

II. Le maintien des groupes spéciaux binationaux en matière de dumping et de subventionnement

Le mécanisme spécial du chapitre 19 de l'*ALÉNA* en matière de dumping et de subventionnement a fait l'objet de vives critiques aux États-Unis (II.A), mais il est néanmoins maintenu dans le chapitre 10 de l'*ACÉUM*.

A. Le mécanisme critiqué du chapitre 19 de l'*ALÉNA*

Le chapitre 19 de l'*ALÉNA* prévoyait un mécanisme spécial de règlement des différends unique dans les accords de libre-échange. Il permettait à une partie ou aux personnes privées touchées par l'imposition de droits antidumping ou compensateurs de choisir de demander à un groupe spécial binational de se substituer aux tribunaux nationaux pour exercer le contrôle judiciaire des déterminations finales des organismes d'enquêtes, au regard des critères d'examen du droit administratif de la partie concernée⁵⁴. Ce recours visait donc la conformité des droits avec la législation nationale de la partie les ayant imposés, ce qui diffère de façon importante des recours ouverts à l'OMC pour contester leur conformité ou celle d'une subvention avec les obligations internationales de ses membres⁵⁵. La distinction était importante puisque la décision du groupe spécial binational du chapitre 19 était exécutoire en droit interne comme un jugement des tribunaux nationaux : il pouvait maintenir la détermination finale ou la renvoyer à l'organisme d'enquête national pour qu'il fasse une nouvelle détermination compatible avec la décision⁵⁶. Cela signifie que la décision du groupe spécial binational pouvait mener au remboursement des droits perçus illégalement, contrairement aux droits perçus de manière illicite au regard des accords de l'OMC, qui doivent

⁵⁴ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1904(1), 1904(2), 1904(3) et Annexe 1911. Sur le mécanisme du chapitre 19 de l'*ALÉNA*, voir généralement David A. Gantz, « Resolution of Trade Disputes under NAFTA's Chapter 19 : The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico » (1998) 29 L & Pol'y Int'l Bus 297; de Mestral, *supra* note 29 aux pp 336-60; Robert E Burke et Brian F Walsh, « NAFTA Binational Panel Review : Should it Be Continued, Eliminated or Substantially Changed? » (1995) 20 Brook J Int'l L 529; Graham, *supra* note 6 aux pp 563-572. Les règles de procédures des groupes spéciaux binationaux et la législation de mise en œuvre du chapitre 19 font en sorte que les personnes privées peuvent exercer elles-mêmes le recours, sans le concours de leur partie d'origine. Charles-Emmanuel Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp 367-68 [Côté, *Participation*].

⁵⁵ Voir *Accord sur la Mise en Œuvre de l'Article VI de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994*, art 17, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3; *Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires*, art 30, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3; Dominique Carreau *et al.*, *supra* note 1 aux pp 337-64.

⁵⁶ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 1904(8) et 1904(9).

simplement être retirés pour le futur mais pas remboursés⁵⁷. Aucune disposition ne visait cependant l'articulation entre un recours entrepris sur la base du chapitre 19 et un autre concernant la même mesure soumis à l'OMC, ce qui signifie que les deux procédures pouvaient se chevaucher⁵⁸.

Le mécanisme du chapitre 19 était une reproduction quasiment identique du chapitre 19 de son prédécesseur, l'*ALÉ*⁵⁹. Il a une forte valeur symbolique pour le Canada, puisqu'il est le fruit d'un compromis entre son désir d'être soustrait aux mesures de défense commerciale des États-Unis et le refus ces derniers de l'accepter⁶⁰. L'imposition de droits antidumping et compensateurs demeure un problème commercial majeur pour l'accès des produits canadiens au marché américain et le fait de pouvoir éviter de recourir aux tribunaux américains pour les contester était apparu comme une solution de rechange acceptable pour le Canada, permettant de contourner leur biais présumé et de réduire le coût et les délais des procédures. Ce compromis avait sauvé les négociations de l'*ALÉ* et le chapitre 19 constituait aussi un élément central de l'*ALÉNA*⁶¹. Comme la décision des groupes spéciaux binationaux était finale, sans appel et exécutoire, elle soulevait des préoccupations d'ordre constitutionnel aux États-Unis et c'est pourquoi une procédure de contestation extraordinaire avait été prévue⁶². Celle-ci permettait à une partie de demander à un comité l'annulation de la décision pour des motifs graves comme l'inconduite d'un membre du groupe spécial, la violation d'une règle fondamentale de procédure ou l'excès de compétence, si cela a sensiblement influé sur la décision et menace l'intégrité du mécanisme du chapitre 19⁶³. Par ailleurs, une procédure était aussi prévue en cas de blocage du mécanisme par une partie, permettant à l'autre partie de soumettre la question à un comité spécial, pouvant mener à la suspension du chapitre 19 ou d'autres dispositions de l'*ALÉNA* à titre de contre-mesure⁶⁴.

⁵⁷ Le membre de l'OMC trouvé responsable d'avoir violé les accords de l'OMC doit seulement mettre sa mesure en conformité avec ceux-ci, ce qui signifie que seule une obligation de cessation du fait internationalement illicite pèse sur lui, mais aucune obligation de réparation du préjudice causé antérieurement par sa mesure illicite. *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, *supra* note 1, art 19; Côté, *Participation*, *supra* note 54 aux pp 113-24.

⁵⁸ En revanche, aucune plainte concernant le chapitre 19 ne pouvait être soumise au titre du mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*. *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2004.

⁵⁹ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 377. Sur le chapitre 19 de l'*ALÉ*, voir généralement Eric J Pan, « Assessing NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication » (1999) 40 *Harv Int'l LJ* 379; Jordan B. Goldstein, « Dispute Resolution Under Chapter 19 of the United States Canada Free-Trade Agreement: Did the Parties Get What They Bargained For? » (1995) 31 *Stan J Int'l L* 275; Emmanuelle Saucier, « Les aspects procéduraux du mécanisme de règlement des différends en matière de dumping et de subventionnement » (1991) 25 *RJT* 523; Castel, *supra* note 4 aux pp 123-27.

⁶⁰ Gantz, *ibid* aux pp 376-77.

⁶¹ Theodore R. Posner et Nathan W. Cunningham, « Twenty-Five Years of NAFTA Panel Review of Trade Remedy Determinations: Is Chapter 19 Still Relevant? » (2020) 17:3 *TDM* à la p 1, en ligne : <transnational-dispute-management.com>.

⁶² Graham, *supra* note 6 à la p 567; Antoniou, *supra* note 8 aux pp 101-02.

⁶³ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 1904.13 et Annexe 1904.13.

⁶⁴ *Ibid*, art 1905. Un troisième mécanisme était prévu par le chapitre 19 afin de permettre à une partie de demander à un groupe spécial de déterminer si les modifications apportées par une partie à sa législation

Contrairement au mécanisme du chapitre 20 de l'ALÉNA, la constitution des groupes spéciaux binationaux n'a généralement pas été problématique et le mécanisme a pu être utilisé fréquemment⁶⁵. Pas moins de 161 demandes d'examen ont été soumises de 1994 à 2020 au titre du chapitre 19 de l'ALÉNA⁶⁶. Les États-Unis ont été quatre fois plus visés par ces demandes (115) que le Canada (23) et le Mexique (23), alors que les demandeurs se sont répartis plus équitablement entre les Mexicains (61), les Canadiens (60) et les Américains (40). La procédure de contestation extraordinaire de la décision d'un groupe spécial binational a été employée seulement trois fois, sans succès, toujours par les États-Unis, la dernière fois remontant à 2004. Les conditions cumulatives strictes de cette procédure sont apparues difficiles à satisfaire pour obtenir gain de cause. Le mécanisme du chapitre 19 est clairement celui qui a été le plus utilisé des mécanismes de règlement des différends de l'ALÉNA, ce qui s'explique à la fois par le volume des affaires de dumping et de subventionnement et par sa saisine à la demande des personnes privées⁶⁷. Compte tenu de la nature des différends et des parties impliquées, les procédures des groupes spéciaux binationaux ont été d'emblée beaucoup plus transparentes que celles des autres mécanismes de l'ALÉNA⁶⁸.

Malgré son succès, le chapitre 19 a néanmoins soulevé la controverse, surtout aux États-Unis, après quelques affaires de grande envergure comme la querelle du bois d'œuvre avec le Canada. La principale critique, venue surtout d'organisations non gouvernementales (ONG) et d'opposants à l'ALÉNA, visait les membres des groupes spéciaux binationaux, dont la désignation ne respecte pas les exigences du droit constitutionnel américain, alors que certains sont étrangers, sans expérience judiciaire et que tous sont non imputables, contrairement aux juges américains⁶⁹. Cette critique s'est traduite par une série infructueuse de contestations constitutionnelles du chapitre 19 aux États-Unis, au motif que les membres étaient désignés sans l'avis et le consentement du Sénat et que les tribunaux américains étaient privés de leur compétence⁷⁰. Les groupes spéciaux binationaux seraient perçus — avec raison selon une étude empirique — comme étant moins enclins à confirmer les mesures de défense

sur le dumping ou le subventionnement étaient compatibles avec l'ALÉNA et les accords de l'OMC (*ibid*, art 1903).

⁶⁵ Dans certaines affaires, la désignation des membres a cependant été retardée par les parties. Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 383; Posner et Cunningham, *supra* note 61 à la p 6. Les groupes spéciaux binationaux sont composés de cinq membres de nationalité des parties concernées et désignés par celles-ci à partir d'une liste constituée à cette fin. Une partie peut récuser sans motif jusqu'à quatre candidats proposés par l'autre partie. ALÉNA, *supra* note 2, Annexe 1901.2.

⁶⁶ Secrétariat de l'ACÉUM, *Publications. Décisions et rapports*, en ligne : <can-mex-usa-sec.org>. En ce qui concerne l'ALÉ, 52 demandes d'examen avaient été soumises à un groupe spécial binational entre 1989 et 1994, dont 33 contre les États-Unis et 19 contre le Canada, alors que la procédure de contestation extraordinaire avait été employée sans succès à trois reprises par les États-Unis.

⁶⁷ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 375.

⁶⁸ *Ibid* à la p 379.

⁶⁹ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 381. Une autre critique concerne les risques accrus de conflits d'intérêts pour les membres des groupes spéciaux binationaux, comparés aux juges nationaux (*ibid* à la p 378).

⁷⁰ *Ibid*. Voir par ex *American Coalition for Competitive Trade v United States*, 128 F 3d 761 (DC Cir 1997); *Made in the USA Foundation v United States*, 242 F 3d 1300 (11th Cir 2001); *Coalition for Fair Lumber Imports Executive Committee v United States*, DC Cir, Aff n° 05-1366 (13 septembre 2005).

commerciale que le sont les tribunaux américains⁷¹. Leurs membres examineraient de manière plus approfondie les dossiers factuels, mais seraient moins qualifiés pour appliquer la norme de contrôle appropriée selon le droit national⁷². Par ailleurs, l'étude empirique de la contestation des déterminations finales américaines indique que jusqu'à 2003 toutes les demandes de révision ont été soumises au mécanisme du chapitre 19, alors que les tribunaux américains ont été préférés dans la majorité des cas après cette date⁷³. Cette controverse et la perte de popularité relative du chapitre 19 expliquent son abandon initial lors de la renégociation de l'*ALÉNA*.

B. Le sauvetage du mécanisme dans le chapitre 10 de l'*ACÉUM*

Dans leur accord de négociation initial, intervenu sans le concours du Canada, les États-Unis et le Mexique sont convenus d'abandonner le mécanisme du chapitre 19 de l'*ALÉNA*⁷⁴. Cette proposition de Washington a été acceptée sans états d'âme particuliers par Mexico. Il en allait autrement pour Ottawa, pour qui le maintien du chapitre 19 constituait une ligne rouge dans la renégociation, tant pour des raisons symboliques que pour continuer d'offrir ce recours somme toute efficace aux exportateurs canadiens⁷⁵. Le Canada a finalement réussi à sauver ce mécanisme unique dans le chapitre 10 de l'*ACÉUM*⁷⁶. Bien que le Mexique y ait renoncé dans un premier temps, le mécanisme d'examen par un groupe spécial binational des déterminations finales en matière de dumping et de subventionnement s'applique toujours à toutes les parties.

Compte tenu de son abandon initial et de la tardiveté de son sauvetage dans l'*ACÉUM*, le mécanisme du chapitre 19 de l'*ALÉNA* n'a pas fait l'objet d'une révision en profondeur afin de répondre aux critiques qui lui sont adressées⁷⁷. Les conditions cumulatives restrictives de la procédure de contestation extraordinaire sont un exemple d'un problème qui aurait pu être réglé par l'*ACÉUM*, afin de répondre à certaines critiques des États-Unis, tout comme celui du dédoublement des procédures avec les

⁷¹ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 aux pp 382-83; Posner et Cunningham, *supra* note 61 à la p 12.

⁷² Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 383.

⁷³ Posner et Cunningham, *supra* note 61 aux pp 10 et 18-22. Le choix d'un groupe spécial ou des tribunaux nationaux peut toutefois s'expliquer par des considérations stratégiques liées aux pouvoirs plus limités des groupes spéciaux de donner des instructions aux organismes d'enquête nationaux, ou encore au fait que leurs rapports ne constituent pas des précédents obligatoires pour les autres groupes spéciaux ou pour les tribunaux nationaux.

⁷⁴ Gérald Fillion, « Mexique – États-Unis : la pression est forte sur le Canada », *Radio-Canada* (27 août 2018), en ligne : Radio-Canada <ici.radio-canada.ca>. Voir Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 56.

⁷⁵ Gantz, *Introduction*, *ibid* aux pp 55-56; Posner et Cunningham, *supra* note 61 aux pp 1-2.

⁷⁶ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 10.12 et Annexes 10-B.1 et 10-B.3. Le blocage du mécanisme par une partie peut toujours être soumis à un comité spécial (*ibid*, art 10.13 et Annexe 10-B.4). Le mécanisme d'examen de la compatibilité avec l'*ACÉUM* et les accords de l'OMC des modifications à la législation sur les droits antidumping et compensateurs est aussi maintenu (*ibid*, art 10.11 et Annexes 10-B.1 et 10-B.2).

⁷⁷ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 58. Pour une critique renouvelée de la compatibilité du chapitre 10 de l'*ACÉUM* avec les exigences du droit constitutionnel américain, voir John S. Baker et Lindsey Keiser, « NAFTA/USMCA Dispute Settlement Mechanisms and the Constitution » (2019) 50 *U Miami Inter-Am L Rev* 1.

recours à l'OMC⁷⁸. Seules quelques modifications mineures ont été apportées au chapitre 19, sans toucher au mécanisme d'examen par un groupe spécial binational⁷⁹. Contrairement à son prédécesseur, le chapitre 10 porte désormais sur toutes les mesures de défense commerciale, y compris les mesures de sauvegarde, mais ces dernières ne sont pas visées par le mécanisme des groupes spéciaux binationaux⁸⁰. Il énonce aussi des pratiques exemplaires relatives à la transparence et l'équité des procédures d'imposition de droits antidumping et compensateurs⁸¹. De nouvelles dispositions sont ajoutées sur la coopération entre les parties pour prévenir l'évasion douanière relative aux mesures de défense commerciale⁸². La renégociation de l'*ALÉNA* n'aura certes pas permis d'améliorer le fonctionnement du mécanisme des groupes spéciaux binationaux du chapitre 19, mais ce dernier en ressort finalement indemne.

III. Le relâchement du règlement des différends entre investisseur et État

Le mécanisme de RDIE du chapitre 11 de l'*ALÉNA* ayant soulevé la controverse tant chez les gouvernements qu'au sein de la société civile (III.A), il ne faut pas s'étonner qu'il soit partiellement abandonné par le chapitre 14 de l'*ACÉUM* sur l'investissement (III.B).

A. La controverse entourant le chapitre 11 de l'*ALÉNA*

Le chapitre 11 sur l'investissement constituait le chapitre le plus controversé de l'*ALÉNA*. Son prédécesseur, le chapitre 16 de l'*ALÉ*, prévoyait certes des règles de fond sur la protection des investissements étrangers — une première pour le Canada — mais aucun mécanisme de RDIE n'avait été inclus et seul le mécanisme général de règlement des différends s'y appliquait⁸³. L'inclusion du Mexique dans l'*ALÉNA* explique principalement pourquoi les parties ont choisi de prévoir le RDIE dans le chapitre 11, tablant sur la pratique conventionnelle bilatérale du Canada et des États-Unis⁸⁴. Le chapitre prévoyait des règles de fond plus complètes et le mécanisme

⁷⁸ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 58. L'*ACÉUM* maintient par ailleurs l'interdiction de recourir à son mécanisme général de règlement des différends pour tout ce qui touche au dumping et au subventionnement. *ACÉUM*, *supra* note 3, art 10.5.3.

⁷⁹ Affaires mondiales Canada, *Accord Canada – États-Unis – Mexique – Énoncé des mesures de mise en œuvre du Canada* (7 octobre 2020), en ligne : <international.gc.ca>; Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 56.

⁸⁰ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 10.1-10.3. L'*ACÉUM* maintient pour ses parties l'exemption de principe des mesures de sauvegarde globales qui était prévue par l'*ALÉNA*, sans reprendre son régime transitoire sur les mesures de sauvegarde bilatérales. Voir *ALÉNA*, *supra* note 2, art 801-805.

⁸¹ *ACÉUM*, *supra* note 3, Annexe 10-A.

⁸² *Ibid* art 10.6-10.7.

⁸³ *ALÉ*, *supra* note 4, arts 1601-11. Voir généralement Jean Raby, « The Investment Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement : A Canadian Perspective » (1990) 84 *AJIL* 394.

⁸⁴ Sur les programmes américain et canadien de traités bilatéraux d'investissement, voir généralement Kenneth J Vandeveld, *The First Bilateral Investment Treaties : U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties. The First Bilateral Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press,

du RDIE permettait désormais aux investisseurs de la zone de libre-échange nord-américaine de soumettre directement et sans condition auprès d'un tribunal arbitral leur demande de réparation du préjudice causé par la violation de celles-ci⁸⁵. Les parties consentaient à l'avance à l'arbitrage suivant les règles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)⁸⁶. Comme ses dispositions sur le RDIE étaient très détaillées et comportaient plusieurs innovations juridiques, comme un mécanisme de jonction de plaintes multiples ou la possibilité d'adopter des notes d'interprétations obligatoires⁸⁷, le chapitre 11 est devenu un modèle de référence marquant durablement la pratique conventionnelle du Canada, des États-Unis et du Mexique.

Avec le *Traité sur la Charte de l'énergie*⁸⁸, l'*ALÉNA* était le premier traité prévoyant le RDIE entre des pays industrialisés et cette caractéristique unique s'est rapidement traduite par un flot important de réclamations, souvent contre des mesures environnementales. L'affaire *Ethyl Corporation c. Canada*⁸⁹, première réclamation fondée sur le chapitre 11 et l'une des toutes premières affaires de RDIE au monde, a soulevé la controverse puisqu'elle visait une mesure restreignant le commerce d'un additif d'essence pour des motifs supposément environnementaux⁹⁰. Cette affaire est la première d'une série d'autres qui ont alarmé les gouvernements et la société civile sur les dérives possibles du chapitre 11 — et plus largement du RDIE — et son incidence sur le droit de légiférer dans l'intérêt général⁹¹. Le montant élevé des réclamations ou

2017; Robert K. Paterson, « Canadian Investment Promotion and Protection Treaties » (1991) 209 ACIDI 373; Kenneth J. Vandevlede, « The Bilateral Investment Treaty Program of the United States » (1988) 21 Cornell Int'l LJ 201.

⁸⁵ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1101-1139. Voir généralement Andrea K. Bjorklund, « NAFTA Chapter 11 » dans Chester Brown, dir, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 465; Côté, *Participation*, *supra* note 54 aux pp 250-308; Meg N Kinnear, Andrea K Bjorklund et John FG Hannaford, *Investment Disputes Under NAFTA : An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006; Todd Weiler, dir, *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, 2004; J. Christopher Thomas, « Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter 11 » (1999) 37 ACIDI 99; Anthony VanDuzer, « Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11 : The Shape of Things to Come » (1997) 35 ACIDI 263; Gary N Horlick et Alicia L Marti, « NAFTA Chapter 11B : A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments » (1997) 14 J Intl Arb 47; Daniel M Price, « An Overview of the NAFTA Investment Chapter : Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement » (1993) 27 Int'l Law 727.

⁸⁶ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1120 et 22. Voir *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 160; CIRDI, *Règlement du mécanisme supplémentaire*, Doc CIRDI n° 11 (2006), en ligne : <icsid.worldbank.org>; CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (2013), en ligne : <uncitral.un.org>.

⁸⁷ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1126 et 1131(2).

⁸⁸ *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 2080 RTNU 95, art 26. Voir généralement Florence Poirat, « L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées » (1998) 102 RGDIP 45.

⁸⁹ Sentence sur la compétence (24 juin 1998), 38 ILM 708.

⁹⁰ Voir Geneviève Dufour, « L'impact du chapitre 11 de l'*ALÉNA* sur la capacité de l'État d'adopter des mesures protégeant l'environnement et la santé publique : les travaux récents de chercheurs en santé publique jettent un nouvel éclairage sur l'affaire Ethyl Corporation » (2013) 90 R du B can 561.

⁹¹ Voir par ex Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 aux pp 369-75; Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Côté, *Participation*, *supra* note 54

leur caractère parfois frivole, de même que l'interprétation libérale ou souvent contradictoire des obligations des parties par les tribunaux arbitraux, ont alimenté cette controverse. La Commission du libre-échange de l'ALÉNA a dû adopter des notes d'interprétations obligatoires pour rectifier la pratique arbitrale émergente en ce qui concerne la norme minimale de traitement de la personne et des biens étrangers⁹². Le manque de transparence du RDIE a été décrié et des ajustements ont dû être apportés afin de faciliter la publicité des audiences, la soumission de mémoires d'*amicus curiae*, ainsi que la publication des sentences arbitrales et des autres documents de procédure⁹³. Cette méfiance a amené les gouvernements du Canada et des États-Unis à revoir leur pratique conventionnelle ultérieure en renforçant le droit de légiférer dans l'intérêt général dans leur traité-modèle⁹⁴. Elle a même conduit à la contestation infructueuse de la constitutionnalité du mécanisme du RDIE du chapitre 11 au Canada, au motif qu'il usurperait les fonctions traditionnelles des cours supérieures⁹⁵.

Le bilan de l'utilisation du mécanisme de RDIE du chapitre 11 est pourtant contrasté. Contrairement aux attentes initiales des parties, le Mexique est loin d'avoir été le seul visé par des réclamations d'investisseurs⁹⁶. Entre 1994 et 2020, c'est le Canada qui a été le plus visé avec vingt-neuf réclamations, toutes soumises par des investisseurs américains, ayant dû verser au total 180 millions de dollars américains à titre de dommage dans sept affaires, au terme de l'arbitrage ou dans le cadre d'un règlement amiable, alors que cinq affaires sont toujours pendantes. L'essentiel de ce montant est attribuable au règlement de 123 millions de dollars américain intervenu dans l'affaire *Abitibi/Bowater c. Canada*⁹⁷ concernant une expropriation directe sans indemnisation par la province de Terre-Neuve-et-Labrador. Le Mexique a été visé par vingt-quatre réclamations, soumises par des investisseurs américains (20) et canadiens

aux pp 265-304; Susan D Franck, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions » (2005) 73 *Fordham L Rev* 1521; Donald McRae, « Trade and Environment : Competition, Cooperation or Confusion? » (2003) 41 *Alta L Rev* 745; Lucien J Dooghe, « The Revenge of the Trail Smelter : Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement » (2001) 38 *Am Bus LJ* 475.

⁹² Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001, art 2, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <international.gc.ca>.

⁹³ Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, 7 octobre 2003, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <international.gc.ca>; Canada, *Déclaration du Canada sur l'ouverture au public des audiences d'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA*, 7 octobre 2003, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <international.gc.ca>; États-Unis, *Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations* 7 octobre 2013, en ligne : *USTR* <ustr.gov>; *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11, supra* note 92, art 1. Voir généralement J. Anthony VanDuzer, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation » (2007) 52 *McGill LJ* 681.

⁹⁴ Voir United States Trade Representative, *2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty (BIT)*, en ligne : <ustr.gov >; Canada, *Accord de promotion et de protection des investissements étrangers (APIE) type de 2004*, en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org> (version anglaise).

⁹⁵ Voir *Council of Canadians c Canada (PG)*, 2006 CanLII 40222, 277 DLR (4th) 527, 217 OAC 316, 149 CRR (2d) 290 (CA Ont), confirmant *R c Council of Canadians*, 2005 CanLII 28426 (CS Ont).

⁹⁶ Côté, *Participation, supra* note 54 à la p 266; de Mestral, *supra* note 29 aux pp 362-363. Voir CNUCED, *Investment Dispute Settlement Navigator*, en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org>.

⁹⁷ Sentence d'accord parties, Aff CIRDI n° UNCT/10/1 (ALÉNA chapitre 11, 15 décembre 2010).

(4), ayant dû verser un total de 186 millions de dollars en dommage au terme de l'arbitrage, alors que sept affaires sont toujours pendantes. À nouveau, il faut souligner que l'essentiel de ce montant, soit 168,80 millions de dollars américains est attribuable à l'indemnisation combinée versée aux trois entreprises agroalimentaires américaines qui ont soumis une réclamation dans le cadre du conflit du sucre entre le Mexique et les États-Unis⁹⁸. Pour leur part, ces derniers n'ont jamais perdu dans les dix-sept affaires qui ont été soumises au titre du chapitre 11 par des investisseurs canadiens (16) et mexicain (1). La réclamation colossale de 15 milliards de dollars américains de la pétrolière albertaine TransCanada, concernant le refus du projet de pipeline Keystone XL par l'administration Obama, montre toutefois que les États-Unis étaient aussi exposés aux risques du chapitre 11 avec leurs mesures environnementales⁹⁹. Même dans les affaires où elles ont eu gain de cause, le mécanisme de RDIE de l'ALÉNA a exigé des parties l'affectation d'importantes ressources humaines et financières afin d'assurer leur défense, sans compter les règlements amiables confidentiels qui pourraient être intervenus. Somme toute, ces chiffres apparaissent modérés lorsque mis en perspective avec les flux d'investissements entre les trois pays et spécialement entre le Canada et les États-Unis.

B. L'abandon partiel du RDIE dans le chapitre 14 de l'ACÉUM

Lors de la renégociation de l'ALÉNA, l'administration Trump s'est inscrite en faux contre la position traditionnelle des États-Unis de promouvoir le RDIE. Plutôt que d'y voir un mécanisme au service des intérêts des entreprises américaines, elle y voyait une menace pour la souveraineté des États-Unis et un encouragement à la délocalisation de ces entreprises et des emplois à l'étranger¹⁰⁰. La réclamation avortée dans l'affaire du projet Keystone XL a aussi rappelé l'exposition des États-Unis au risque de poursuite pour des mesures environnementales. Le chapitre 14 de l'ACÉUM est le résultat de cette nouvelle position américaine à l'égard du RDIE : il prévoit toujours des règles de fond sur la protection des investissements étrangers, mais il abandonne partiellement le RDIE¹⁰¹. Ces règles de fond ressemblent à celles du chapitre 11, avec

⁹⁸ Voir la discussion sur ce conflit commercial au texte correspondant à la note 22.

⁹⁹ *TransCanada c États-Unis*, Ordonnance de la Secrétaire générale prenant note de l'arrêt des procédures, Aff CIRDI n° ARB/16/21 (ALÉNA, 24 mars 2017). Cette réclamation a été retirée par l'investisseur canadien après l'autorisation ultérieure de son projet par l'administration Trump. Le projet a finalement été abandonné après un refus final de la part de la nouvelle administration Biden. Anne-Sophie Thill, « Le projet d'oléoduc Keystone XL est abandonné », *La Presse* (9 juin 2021), en ligne : <lapresse.ca>, « Le président Trump approuve le projet d'oléoduc Keystone XL », *Radio-Canada* (24 mars 2017), en ligne : <ici.radio-canada.ca>; Geneviève Normand et Samuel Danzon-CJ « Le président Obama dit non au pipeline Keystone XL » *Radio-Canada* (6 novembre 2015), en ligne : <ici.radio-canada.ca>.

¹⁰⁰ Gantz, *Introduction*, supra note 23 à la p 47; Simon Lester, « Brady-Lighthizer ISDS Exchange » (21 mars 2018), en ligne (blogue): *International Economic Law and Policy Blog* <worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2018/03/brady-lighthizer-isds-exchange.html>.

¹⁰¹ Voir généralement Érica Franzetti et Henry Defriez, « Navigating Investors' Rights under the USMCA » (2020) 17:3 TDM, en ligne : <transnational-dispute-management.com>; Lukasz Kulaga, « ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA » (2020) 17:3 TDM, en ligne : <transnational-dispute-management.com>; Daniel Garcia-Barragan,

les améliorations protégeant le droit de légiférer dans l'intérêt général qui se retrouvent dans les accords les plus récents du Canada et des États-Unis et spécialement dans l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*¹⁰² (PTPGP)¹⁰³.

La grande nouveauté du chapitre 10 de l'*ACÉUM* est l'abandon complet du RDIE dans les rapports entre le Canada et les États-Unis¹⁰⁴. Seul un régime transitoire est prévu, afin de permettre aux investissements réalisés avant cette date de continuer de bénéficier du RDIE du chapitre 11 pour une durée de trois ans à compter de l'extinction de l'*ALÉNA*¹⁰⁵. L'*ACÉUM* ne prévoit certes plus de mécanisme de RDIE dans les rapports entre le Canada et le Mexique, mais celui du *PTPGP* s'applique toujours entre les deux parties. L'abandon du RDIE, demandé par les États-Unis, constitue un gain net pour le Canada, dans la mesure où il ne sera plus exposé aux réclamations des investisseurs américains. L'investissement entre les deux pays ne disparaîtra naturellement pas, ni les différends relatifs à celui-ci. Les investisseurs lésés devront toutefois s'adresser désormais aux tribunaux nationaux pour obtenir réparation, ou leur réclamation devra être soumise par les parties au mécanisme général de règlement des différends du chapitre 31¹⁰⁶. Dans le premier cas, la question de l'équivalence de la protection offerte par le droit national se pose et reçoit une réponse négative au Canada, où la propriété privée ne jouit par exemple d'aucune protection constitutionnelle¹⁰⁷. Les investisseurs pourraient aussi être encouragés à investir davantage par le truchement d'une société située dans un pays tiers lié avec le Canada ou les États-Unis par un accord prévoyant le RDIE. Ce chalandage prévisible des traités rendra encore plus critique l'utilisation de la clause de refus des avantages, permettant de bloquer les réclamations des sociétés n'exerçant aucune activité économique substantielle dans le pays où elles sont constituées¹⁰⁸.

Dans le cas des rapports entre les États-Unis et le Mexique, le RDIE est maintenu, mais en partie seulement. Cela s'explique surtout par la volonté du président sortant Enrique Peña Nieto de protéger les importantes réformes réglementaires

Alexandra Mitreodis et Andrew Tuck, « The New NAFTA : Scaled-Back Arbitration in the USMCA » (2019) 36 *J Int'l Arb* 739.

¹⁰² *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018, art 1.1, incorporant l'*Accord de partenariat transpacifique*, 8 mars 2018, arts 1.1 et 9.1-9.17 (entrée en vigueur 30 décembre 2018), en ligne : Affaires mondiales Canada <international.gc.ca>.

¹⁰³ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 14.1-14.17.

¹⁰⁴ *Ibid* Annexe 14-D, art 14.D.1, *sub verbo* « Partie à l'annexe ».

¹⁰⁵ *Ibid* Annexe 14-C. Ce régime transitoire vise aussi les rapports entre les États-Unis et le Mexique en ce qui concerne les investissements qui échapperont au régime général ou sectoriel de RDIE de l'*ACÉUM* (*ibid*, art 1.21).

¹⁰⁶ Charles-Emmanuel Côté, « Chronique de droit international économique. Investissement » (2018) 56 *ACDI* 424 aux pp 440-444.

¹⁰⁷ Voir Armand de Mestral et Robin Morgan, « Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration? » dans Armand de Mestral, dir, *Second Thoughts : Investor State Arbitration between Developed Democracies*, Waterloo (Ont), Centre for International Governance Innovation, 2017, à la p 155.

¹⁰⁸ Voir généralement Charles-Emmanuel Côté, « Piercing the Corporate Veil in International Investment Law : Problems with the Denial of Benefits Clause » dans Oonagh E. Fitzgerald, dir, *Corporate Citizen. New Perspectives on the Globalized Rule of Law*, Waterloo (Ont), Centre for International Governance Innovation, 2020, à la p 247.

apportées par son administration dans de nombreux secteurs-clés de l'économie du Mexique¹⁰⁹. Mais l'histoire troublée de la protection de la propriété américaine dans ce pays explique aussi sans doute le besoin de préserver le RDIE dans une certaine mesure. Un mécanisme général de RDIE est prévu entre les deux pays en ce qui concerne tous les investissements, mais seulement en cas de violation des clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée, à la phase post-investissement, ainsi que de la clause d'expropriation, mais uniquement pour l'expropriation directe¹¹⁰. Cette limitation réduit de façon significative l'utilité de ce régime général, puisque les allégations de manquement les plus fréquentes des investisseurs concernent le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte¹¹¹. Une nouvelle disposition ferme le RDIE aux investisseurs détenus par des personnes provenant d'un pays ayant une économie planifiée avec lequel les États-Unis ou le Mexique n'ont pas conclu d'accord de libre-échange, ce qui vise essentiellement la Chine¹¹². Une nouvelle condition procédurale vient aussi restreindre l'accès au RDIE : l'investisseur doit désormais soumettre sa réclamation aux tribunaux nationaux et obtenir une décision définitive ou poursuivre ses recours pendant 30 mois avant de pouvoir recourir au mécanisme général de RDIE¹¹³. Cette innovation, qui représente un ersatz de clause Calvo¹¹⁴, ralentit et alourdit certes l'accès à l'arbitrage international, mais pourrait aussi permettre le règlement judiciaire de certains différends, tout en éliminant les réclamations les plus frivoles. En revanche, elle risque de créer de nouvelles difficultés avec l'enchevêtrement de recours internes et internationaux¹¹⁵. L'ACÉUM codifie par ailleurs les améliorations apportées dans la pratique à l'ouverture et la transparence du RDIE du chapitre 11 de l'ALÉNA¹¹⁶.

Un mécanisme sectoriel de RDIE s'ajoute au mécanisme général entre les deux pays. Il permet les réclamations concernant la violation de toutes les règles de fond du chapitre 14, mais uniquement si l'investissement est réalisé au moyen d'un contrat d'État dans les secteurs du pétrole et du gaz, de l'électricité, des télécommunications, du transport, ou des infrastructures de transport routier, ferroviaire et des ponts ou canaux¹¹⁷. L'exclusion des infrastructures portuaires et aéroportuaires de ce régime est décriée par les milieux d'affaires américains, qui pourraient réévaluer

¹⁰⁹ Hugo Perezcano Diaz, « Trade in North America : A Mexican Perspective on the Future of North America's Economic Relationship » dans CIGI, dir, *The Future of North America's Economic Relationship : From NAFTA to the New Canada-United States-Mexico Agreement and Beyond*, CIGI Special Report, Waterloo (Ont), Centre for International Governance Innovation, 2019, aux pp 9-12.

¹¹⁰ ACÉUM, *supra* note 3, art 14.D.3.

¹¹¹ CNUCED, *Investment Dispute Settlement Navigator*, en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org>.

¹¹² ACÉUM, *supra* note 3, Annexe 14-D, art 14.D.1, *sub verbo* « demandeur ». Les pays à économie planifiée sont ceux considérés comme tels par la législation sur les recours commerciaux de la partie visée par la réclamation.

¹¹³ ACÉUM, *supra* note 3, Annexe 14-D, art 14.D.5 1b). Cette obligation tombe si le recours aux procédures internes est de toute évidence futile. L'investisseur américain perd cependant le droit d'utiliser le RDIE s'il invoque directement un manquement au chapitre 14 devant les tribunaux mexicains, plutôt qu'un manquement au droit mexicain.

¹¹⁴ Voir Carreau *et al*, *supra* note 1 aux pp 694-95.

¹¹⁵ Garcia-Barragan, Mitretodis et Tuck, *supra* note 101 aux pp 744-46.

¹¹⁶ ACÉUM, *supra* note 3, Annexe 14-D, arts 14.D.7 et 14.D.8.

¹¹⁷ *Ibid*, Annexe 14-E.

leurs projets d'investissement au Mexique dans ces secteurs¹¹⁸. Au surplus, la rareté des contrats d'État dans ces secteurs aux États-Unis fait en sorte que ce mécanisme sera dans les faits fermé aux investisseurs mexicains¹¹⁹. L'obligation de s'adresser d'abord aux tribunaux nationaux ne s'applique pas au mécanisme sectoriel de RDIE¹²⁰. Ses conditions d'accès procédurales ressemblent ainsi davantage à celles du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, à l'exception notable qu'il ne demeure ouvert que si la partie visée par la réclamation reste liée par au moins un autre traité prévoyant le RDIE¹²¹. Si le Mexique ou les États-Unis devaient abandonner le RDIE avec leurs autres partenaires conventionnels, leurs investisseurs perdraient ainsi le bénéfice du mécanisme sectoriel de RDIE de l'*ACÉUM*.

Au terme de la renégociation de l'*ALÉNA*, le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord n'apparaît pas fondamentalement transformé. Malgré plusieurs améliorations, particulièrement en matière de travail et d'environnement, le mécanisme général de règlement des différends de l'*ACÉUM* s'inscrit en continuité avec celui de son prédécesseur, alors que le mécanisme spécial d'examen par des groupes spéciaux binationaux des droits antidumping ou compensateurs est maintenu. En revanche le relâchement du RDIE dans l'*ACÉUM* constitue une rupture nette avec l'*ALÉNA* et l'approche habituelle du Canada et des États-Unis. Cette rupture s'inscrit dans la controverse qui entoure le RDIE de façon générale et, plus particulièrement, son adéquation avec les rapports entre pays industrialisés. Sur ce plan, un changement majeur a bien eu lieu et ses impacts restent à voir, tant en Amérique du Nord sur les flux d'investissement et le règlement des différends relatifs à l'investissement, que dans le reste du monde sur l'évolution de la pratique conventionnelle en la matière.

¹¹⁸ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 51.

¹¹⁹ Juan Miguel Alvarez, « The USMCA Revisited : The Beginning of the End for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Between Developed Countries... and Developing as well? » (2020) 17:3 TDM 1 aux pp 4-5.

¹²⁰ *ACÉUM*, *supra* note 3, Annexe 14-E, art 4.32.

¹²¹ *Ibid*, Annexe 14-E, art 2A-I(B) et 2B-I(B).