

**L'élaboration et le fonctionnement des mécanismes d'arbitrage  
au sein de l'ALE et de FALENA, du GATT et de l'OMC**

**The Elaboration and Functioning of Dispute Resolution  
Mechanism in the FTA, NAFTA and the WTO**

Frédéric Bastien

Volume 26, Number 3, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/703487ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/703487ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (print)

1703-7891 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bastien, F. (1995). L'élaboration et le fonctionnement des mécanismes d'arbitrage au sein de l'ALE et de FALENA, du GATT et de l'OMC. *Études internationales*, 26(3), 461–478. <https://doi.org/10.7202/703487ar>

Article abstract

The increasing importance of international trade explains in great part the role that dispute resolution plays in trade agreement. Diversification, government's intervention in the economy, readiness of interest groups to defend their cause, all these elements make trade negotiations a much more difficult task today than it used to be fifty years ago. Quarrels and dispute over international trade are therefore more likely to arise and it's impossible today to negotiate international trade agreements without dispute resolution mechanism.

Success or failure of different type of arbitration lies in the definition of the substantive rules of trade agreements. For binding arbitration to work properly, such rules must be clear and precise. But this solution implies that independant countries renounce in part to their sovereignty. To do so, Canada and the United States decided to keep their own trade laws and accepted to submit them to binding arbitration. The same thing was done when free trade was extended to Mexico. At multilateral level, this type of arrangement would be much more difficult to implement.

# L'élaboration et le fonctionnement des mécanismes d'arbitrage au sein de l'ALE et de l'ALENA, du GATT et de l'OMC

Frédéric BASTIEN\*

ABSTRACT — *The Elaboration and Functioning of Dispute Resolution Mechanism in the FTA, NAFTA and the WTO*

*The increasing importance of international trade explains in great part the role that dispute resolution plays in trade agreement. Diversification, government's intervention in the economy, readiness of interest groups to defend their cause, all these elements make trade negotiations a much more difficult task today than it used to be fifty years ago. Quarrels and dispute over international trade are therefore more likely to arise and it's impossible today to negotiate international trade agreements without dispute resolution mechanism.*

*Success or failure of different type of arbitration lies in the definition of the substantive rules of trade agreements. For binding arbitration to work properly, such rules must be clear and precise. But this solution implies that independant countries renounce in part to their sovereignty. To do so, Canada and the United States decided to keep their own trade laws and accepted to submit them to binding arbitration. The same thing was done when free trade was extended to Mexico. At multilateral level, this type of arrangement would be much more difficult to implement.*

En 1935 et en 1938, le Canada a signé avec les États-Unis deux traités de réciprocité. Ces deux accords commerciaux totalisaient respectivement 15 et 18 articles, et il n'y était aucunement fait mention de mécanismes d'arbitrage entre les deux pays. En 1947, lors de la signature du General Agreement on Tariff and Trade, ci-après GATT, il n'était pratiquement pas question de la façon dont les parties régleraient leurs différends commerciaux en rapport avec l'entente qu'ils venaient de parapher.

Près de cinquante ans plus tard toutefois, les mécanismes de résolutions de disputes en sont venus à occuper une place de plus en plus importante au sein du Secrétariat. De même, lors de la négociation du Traité canado-américain de libre-échange, ci-après ALE<sup>1</sup>, les dispositions concernant les mécanismes d'arbitrage furent au cœur de la négociation et donnèrent lieu à

\* *Stagiaire à la Direction générale des Amériques du ministère des Affaires internationales, de l'Immigration et des Communautés culturelles du Québec et étudiant au diplôme d'études supérieures à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, Suisse. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur.*

1. Yvan BERNIER et Benoît LAPOINTE, *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* annoté, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990.

d'après affrontements. D'où cette question : pourquoi les mécanismes d'arbitrage se retrouvent-ils désormais au centre de plusieurs traités commerciaux, et quels sont les facteurs déterminants dans leur élaboration et leur fonctionnement ? Un examen des accords du GATT, de l'ALE et du Traité nord-américain de libre-échange, ci-après ALENA<sup>2</sup>, suggère un certain nombre de réponses quant à cette problématique.

En fait, c'est le texte des accords commerciaux qui, en lui-même, constitue l'élément par excellence qui permet l'élaboration et la mise en place de mécanismes d'arbitrage obligatoire. En l'absence d'un texte de droit précis, mieux vaut en rester à un arbitrage de type non obligatoire car plus qu'il ne le résout, l'arbitrage obligatoire et la logique judiciaire qui le sous-tend, ont pour effet de canaliser, voire d'amplifier les litiges commerciaux entre les pays signataires.

Pour passer aux mécanismes plus contraignants de l'arbitrage obligatoire, la clarification des textes de droit s'avère une étape obligée. Dans le cadre d'un mécanisme d'arbitrage obligatoire et de type judiciaire, des règles précises permettent de rendre des décisions consensuelles auxquelles les Parties seront plus susceptibles de se soumettre.

Pour que cette condition se réalise, il faudra cependant que les règles du jeu soient les mêmes pour tous, ce qui implique que des dispositions semblables s'appliquent à tous les partenaires. À cet égard, la capacité de se mettre d'accord sur de tels enjeux dépend d'abord de l'intérêt respectif des États à renoncer à une partie de leur souveraineté.

## **I – L'importance grandissante des mécanismes d'arbitrage dans les traités commerciaux**

La croissance des échanges commerciaux constitue certainement le fait majeur de l'évolution économique mondiale des quarante dernières années. Leur progression a été de deux à trois fois plus importante que la croissance de la production<sup>3</sup>. Le commerce est de plus en plus important et il embrasse chaque jour de plus vastes étendues. Hier on ne parlait que de marchandise alors qu'aujourd'hui on discute de la libéralisation des services. Les produits échangés sont plus nombreux. Leur fabrication et leur composition sont plus complexes. De nombreuses normes et règles interviennent à cet égard, ce qui met également en lumière une présence plus grande des gouvernements dans la vie économique. Tous ces facteurs sont autant d'éléments dont on doit tenir compte au moment de négocier les traités commerciaux. L'accord de libre-échange canado-américain, à titre d'exemple, comportait trois volumes, avec

2. Gouvernement du Canada, *Accord nord-américain de libre-échange*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1992.

3. Michael HART, «A Lower Temperature, The Dispute Settlement Experience Under the Canada-United States Free Trade Agreement», *The American Review of Canadian Studies*, Summer/Autumn 1991, p. 195.

151 articles et autant d'annexes, ceci sans compter les notes explicatives<sup>4</sup>. Le tout constitue presque autant d'éventuels sujets de dispute commerciale.

En elle-même donc, l'augmentation du volume des échanges commerciaux entraîne un besoin croissant de mécanismes d'arbitrage. Ceci est d'autant plus vrai que cette activité commerciale accrue implique la participation d'un nombre toujours croissant d'intervenants. Ces derniers, constitués en groupe d'intérêt, n'hésitent pas à faire pression sur leurs représentants politiques lorsque les choses prennent une tournure qui ne leur est pas favorable. Les médias se mettent alors de la partie et c'est bientôt l'ensemble de l'opinion publique qui est sensibilisée aux questions commerciales. De fait, et contrairement à ce qui se passait auparavant, les gouvernements ne sont plus seulement soumis aux aléas des négociations internationales lorsque vient le temps de conclure des accords commerciaux. Les pressions domestiques deviennent parfois tellement fortes que les gouvernements sont amenés à défendre comme jamais l'intérêt national<sup>5</sup>.

Ce phénomène a été particulièrement fort aux États-Unis, et l'importance de ce pays dans le commerce international ne fut pas sans affecter et changer le comportement de la plupart de ses partenaires commerciaux. Jusqu'au milieu des années 70, les États-Unis n'avaient jamais utilisé de façon systématique les mécanismes légaux existant dans les lois américaines et leur permettant d'obtenir des droits compensateurs ou des droits antidumping. Le pouvoir exécutif américain avait toujours été libre-échangiste. Plus sensible aux groupes de pression régionaux ou sectoriels, avec une partie de ses membres en perpétuelle réélection, ceci était beaucoup moins vrai pour le Congrès. Néanmoins, au niveau commercial, ce dernier s'en remettait le plus souvent aux vœux de l'administration. L'affaiblissement de la présidence, à la suite du scandale du Watergate, est venu modifier quelque peu cet équilibre qui existait entre les deux branches du pouvoir politique américain<sup>6</sup>. Le Congrès est passé aux actes une première fois lors de l'adoption de la loi commerciale de 1974<sup>7</sup>. Il a ensuite récidivé cinq ans plus tard, au moment de l'adoption du «Trade Agreement Act», profitant de l'occasion pour rendre plus accessibles les mesures de représailles commerciales<sup>8</sup>. Avec l'objectif de permettre aux producteurs américains de pouvoir compétitionner à égalité avec leurs concur-

4. *Ibid.*, p. 195.

5. Christopher THOMAS, commentaires sur la présentation de Robert E. HUDEC, «The Judicialization of GATT Dispute Settlement», dans Michael HART et Debra P. STEGER *In Whose Interest, Due Process and Transparency in International Trade*, Ottawa, Université Carleton, Centre for Trade Policy and Law, 1992, pp.45-46.

6. William C. GRAHAM, «Dispute Resolution in the Canada-United States Free Trade Agreement: One Element of a Complex Relationship», *McGill Law Journal*, vol.37, no.2, August 92, p. 551; voir aussi Emmanuelle SAUCIER, «Les aspects procéduraux du mécanisme de règlement des différends en matière de dumping et de subventionnement», *Revue juridique Thémis*, volume 25, no.2-3, pp.534-536.

7. Steve HUSTED et Michael MELVIN, *International Economics*, New York, HarperCollins, 1995, p. 242.

8. Gilbert WINHAM, *Trading with Canada: the Canada-US Free Trade Agreement*, New York, Priority Press Publication, 1988, p. 36.

rents étrangers bénéficiant de subventions, ou encore pratiquant le dumping, la «Court of International Trade», organe quasi judiciaire, se voyait octroyer un pouvoir accru afin de frapper les produits étrangers de droits compensateurs ou de droits antidumping. Suite aux pressions diverses cependant, et les difficultés économiques américaines aidant, ce système est devenu une façon de mettre en place du protectionnisme à la pièce, c'est-à-dire fait sur mesure pour les secteurs économiques américains non compétitifs.

Tant aux États-Unis qu'ailleurs, cette dynamique n'a pas été sans influencer le fonctionnement des mécanismes d'arbitrage du GATT, y entraînant une augmentation appréciable du nombre de procédures intentées. Les statistiques indiquent une augmentation substantielle de ce genre de pratique. De 1960 à 1969, sept demandes de groupes spéciaux furent soumises au Secrétariat alors qu'elles en ont totalisé 32 et 115 respectivement pour les deux décennies suivantes<sup>9</sup>. La conclusion du cycle de l'Uruguay<sup>10</sup> ne semble pas avoir changé ce phénomène. Quelques mois seulement après sa naissance, l'Organisation mondiale du commerce, ci-après OMC, est déjà le théâtre d'une rude passe d'armes entre Américains et Japonais quant à l'intention américaine d'imposer des tarifs de 100 % aux autos japonaises de luxe. Si elle persistait, l'attitude des deux géants commerciaux pourrait secouer les fondements même du nouvel ordre commercial mondial<sup>11</sup>.

À cet effet, les derniers avatars de l'affrontement nippo-américain illustrent bien l'importance grandissante du phénomène du recours à l'arbitrage. C'est dans cette perspective qu'il faut analyser la position du gouvernement canadien au moment où il a entamé des discussions avec son voisin du Sud dans le but d'en arriver à un accord de libre-échange.

Depuis les années 50, à la suite du déclin de la Grande-Bretagne comme partenaire économique, le commerce canado-américain ne cessait de s'accroître, non seulement au niveau des importations mais aussi des exportations, chose qui était relativement nouvelle<sup>12</sup>. Après la désastreuse troisième option, dont l'idée centrale consistait en une diversification des relations commerciales du Canada<sup>13</sup>, les Libéraux fédéraux en étaient venus à envisager l'idée d'un libre-échange sectoriel. Le rapport de la Commission McDonald soulignait à cet effet que le Canada était le seul pays industrialisé à ne pas avoir accès à un marché de plus de 100 millions de consommateurs. Finalement, c'est l'arrivée au pouvoir des Conservateurs qui va entraîner définitivement le Canada vers une redéfinition de sa politique commerciale avec son principal partenaire économique.

9. *Ibid.*, p. 11.

10. Annexe 2 du *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Negotiations*, 15 décembre 1993, UR-93-0246, 10 I.T.R. 2103, ci-après accord du cycle de l'Uruguay.

11. Voir à cet effet, Guy de JONQUIÈRES, «WTO's Dispute Rules Face Baptism of Fire», *Financial Times*, 12 mai 1995.

12. Gilbert WINHAM, *op.cit.*, p. 17.

13. Voir à cet effet la deuxième partie ainsi que le chapitre six de l'ouvrage de J.L. GRANATSEIN et Robert BOTHWELL, *Pirouette: Pierre Trudeau and Canadian Foreign Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1990, pp.39-108 et pp.158-177.

L'accès au marché américain constituait le but central de l'opération, et les droits compensateurs américains étaient perçus comme un des plus importants obstacles à cet accès. Le Canada soupçonnait à cet effet les agences commerciales américaines de donner indûment raison à leurs producteurs nationaux interprétant ainsi leurs propres lois de façon partielle. Pour éviter cette situation dans l'avenir, le Canada voulait qu'un éventuel accord soit pourvu de mécanismes d'arbitrage, obligatoire de surcroît.

Dès le départ donc, la question du processus de règlement des différends commerciaux était importante pour Ottawa. Au cours du processus de négociation toutefois, un certain nombre d'événements fortuits vont venir transformer cette conviction en certitude absolue, pour finalement en faire, côté canadien, une condition *sine qua non* à la ratification d'une entente de libre-échange.

Il en fut ainsi d'abord, le 22 mai 1986, lorsque le cèdre canadien fut frappé de droits compensateurs. Puis, le 16 octobre de la même année, lorsque le Département américain du commerce, dans un jugement préliminaire, imposa un tarif de 15 % au bois d'œuvre canadien. Déjà échaudé par ces mesures, le Canada a ensuite vu se profiler, à l'automne de 1987, la possibilité que les congressistes adoptent une nouvelle loi omnibus sur le commerce, dont la version initiale aurait renforcé les prérogatives du Congrès aux dépens des tribunaux administratifs, le tout allant donc vers une plus grande politisation du processus<sup>14</sup>.

Tous ces gestes posés par les Américains ont eu pour effet de cristalliser l'attention de l'opinion publique canadienne autour de la question des mécanismes d'arbitrage. Le milieu des affaires s'est mis à faire de plus en plus de pression en faveur de l'obtention de dispositions qui protégeraient les industries canadiennes contre ce que d'aucuns considéraient comme un abus de pouvoir de la part des Américains. De plus, politiquement parlant, les mécanismes d'arbitrage avaient l'avantage d'être un élément tangible, simple à expliquer, et dont tous comprenaient l'utilité. Le tout en faisait un excellent argument afin de vendre l'entente conclue avec les Américains.

Que ce soit au niveau canado-américain donc, ou encore en ce qui a trait au GATT et à son successeur l'OMC, tant dans la négociation que dans l'application des accords commerciaux, force est de constater que les mécanismes d'arbitrage ont acquis une importance qu'ils n'avaient pas dans le passé.

## **II – Le fonctionnement des mécanismes d'arbitrage non obligatoire en l'absence de règles précises**

Outre l'augmentation du nombre de causes finissant devant les groupes de travail, l'importance accrue des relations commerciales comme enjeu politique a eu d'autres conséquences sur le processus d'arbitrage du GATT. Tel est le

14. Gilbert WINHAM, *op.cit.*, p. 34 ; voir aussi Emmanuelle SAUCIER, *op.cit.*, p. 536.

cas notamment en ce qui concerne la judiciarisation de ces mécanismes, qui se sont mis à emprunter une tangente juridique, délaissant en partie l'approche de négociation et de conciliation qui avait jusque-là caractérisé ces procédures. Ce phénomène s'est traduit par une augmentation substantielle du nombre de pages des rapports des groupes de travail, de même que par la création, au sein du Secrétariat, d'un Bureau des affaires juridiques<sup>15</sup>.

C'est à partir du milieu des années 70, plus précisément au moment de l'affaire MIPS (Minimum Price Import System), en 1978, qui a opposé les États-Unis à la CEE, que la logique politique a pour la première fois fait place à une logique de type judiciaire. Le tout ne fut pas sans effet pervers sur le fonctionnement de l'institution genevoise. En effet, quelle que soit la forme particulière d'arbitrage utilisée, de tels mécanismes ne pourront jamais compenser l'absence de règles précises sur lesquelles les signataires d'un accord se sont préalablement entendus<sup>16</sup>. Or, le fait est que les règlements du GATT sont remplis d'imprécisions, et ce pour des dispositions aussi importantes que le Code des subventions<sup>17</sup>.

En de telles circonstances, cela revient à dire que les groupes de travail doivent statuer sur des règles pour lesquelles il existe des divergences notables d'interprétation. Sauf qu'il s'agit désormais de plaider une cause et non d'en arriver à un compromis à l'amiable. Au niveau domestique, cette pratique a fourni l'occasion aux groupes d'intérêts de faire encore plus de pression sur leur gouvernement<sup>18</sup>. Comme l'argument juridique est le seul retenu, il suffit alors de voir si la lettre et l'esprit des accords ont été respectés. Si tel n'est pas le cas, l'industrie X ou Y, conseillée par ses avocats, réclame des autorités nationales qu'elles demandent la formation d'un groupe de travail. Comme les règles sont imprécises et que chacun défend âprement son intérêt, tout devient matière à contestation. Dès lors, la machine s'enraye et, comme on l'a vu, le nombre de demandes de formation de groupe de travail s'est mis à augmenter substantiellement.

Au-delà de ce premier phénomène, il faut ajouter que les mécanismes d'arbitrage ont également été affectés au niveau de l'adoption des rapports des groupes de travail. La procédure d'arbitrage du GATT fonctionne comme suit : lors d'un différend commercial, quand la consultation entre les parties en cause a échoué, le Conseil du GATT peut décider, avec l'accord unanime de tous les États membres, de former un groupe de travail, de trois ou cinq personnes, pour résoudre le litige. Le groupe a pour mandat d'entendre les parties, puis de rédiger et remettre au Conseil du GATT un rapport à cet effet. On en discute alors mais le Conseil n'est pas obligé d'adopter le rapport, ni non plus de

15. Voir à cet effet Robert E. HUDEC, «The Judicialization of GATT Dispute Settlement», dans *In Whose Interest*, *op.cit.*, pp.11-12.

16. «Understanding the Free Trade Agreement», dans *Free Trade: the Real Story*, John CRISPO (ed.), Toronto, Gage, 1988, p. 43.

17. Grace SKOGSTAD, «The Application of Canadian and U.S. Trade Remedy Laws: Irreconcilable Expectations?», dans *Canadian Public Administration*, vol.31, no.4 (printemps/hiver 1988), p. 564.

18. Robert E. HUDEC, *In Whose Interest*, *op.cit.*, p. 13.

trouver un arrangement sur la base de celui-ci. S'il le fait, il a besoin de l'accord unanime des pays membres.

Dans la mesure où il y a toujours moyen de se soustraire ou de contourner les conclusions du groupe d'experts, nous sommes en présence, à Genève, d'un mécanisme d'arbitrage non obligatoire. Sans entrer dans les détails, retenons qu'en raison de la nécessité de l'accord unanime des membres, requis lors de certaines étapes du processus, il est toujours possible, pour le perdant, de bloquer l'adoption d'un rapport à un moment ou l'autre du processus. Conséquemment, le dépôt d'un rapport donne toujours lieu à des manœuvres politico-diplomatiques et les parties n'en viennent à une solution qu'après de multiples palabres, négociations et concessions diverses.

Malgré tout, jusqu'en 1976, tous les rapports de groupes de travail sauf un ont été adoptés<sup>19</sup>. À partir de cette date cependant, au moment de la célèbre affaire du DISC (Domestic International Sales Corporation), opposant les États-Unis d'une part, la CEE et le Canada d'autre part, la mécanique du GATT va commencer à s'enliser de manière beaucoup plus fréquente. L'unanimité devient de plus en plus difficile à obtenir et les approches conciliatrices se soldent à plusieurs reprises par l'échec. Se servant du flou juridique, non seulement les États n'acceptent pas, à tort ou à raison, de se soumettre aux accords qu'ils ont eux-mêmes signés, mais ils refusent désormais de donner suite aux rapports des groupes de travail.

À partir des années 80, et ce jusqu'à aujourd'hui, cette situation va donner lieu à une véritable foire d'empoigne. En 1981 par exemple, dans un cas concernant l'huile de soya mettant aux prises les États-Unis et l'Espagne, le groupe de travail a donné raison à l'Espagne mais cette dernière n'a pu tirer profit de ce jugement, car Washington a fait en sorte que le rapport ne soit pas adopté au niveau du Conseil. Par la suite, toujours au cours des années 80, dans quatre cas majeurs opposant la CEE aux États-Unis, le perdant (la CEE trois fois et les É.-U. une fois) a opposé son veto à l'adoption du rapport par le Conseil du GATT<sup>20</sup>. Plus récemment, ce sont six rapports de groupes spéciaux qui ont fait problème. Comme les gouvernements ne peuvent plus en bloquer aussi facilement l'adoption, ils font tout pour en empêcher l'application<sup>21</sup>.

19. Robert E. HUDEC, «Lessons of the GATT Experience», dans *Understanding the Free Trade Agreement*, Donald McRAE et Depra P. STEGER (eds.), The Institute for Research on Public Policy, 1988, p. 36.

20. Les cas portaient respectivement sur la farine de blé entier, le «citrus» (production d'oranges et de citrons), les fruits en boîte et les pâtes. Voir à cet effet Robert E. HUDEC, *The Judicialization*, p. 16.

21. Les causes en litige, pour lesquelles un rapport a été adopté par le Conseil du GATT, sont les suivantes (le pays cité en premier lieu est le plaignant): États-Unis contre Japon dans l'*Affaire de restrictions à l'importation de certains produits agricoles*; États-Unis contre CEE dans l'*Affaire de subventions versées aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*; CEE contre États-Unis dans l'*Affaire de l'article 137 de la Loi douanière de 1937*; États-Unis contre Canada dans l'*Affaire des restrictions à l'importation de crème glacée et de yogourt*; Japon contre CEE dans l'*Affaire de droits antidumping à l'endroit de produits assemblés dans la CEE à partir de pièces détachées et de composants importés*; Canada contre États-Unis dans l'*Affaire des droits compensatoires sur la viande de porc*. Voir à cet effet FOCUS, no.81 et 82.

Certes, par rapport à l'ancienne procédure, les nouveaux mécanismes d'arbitrage dont a hérité l'OMC, et qui ont été négociés durant le cycle de l'Uruguay, ont permis de renforcer un processus d'arbitrage qui se veut désormais obligatoire. Outre le fait que les délais aient été réduits, l'Organe de règlements des différends, ci-après ORD, fonctionne de façon à éliminer le droit de veto dont jouissaient auparavant les Parties<sup>22</sup>. Lorsque les consultations ont échoué, l'unanimité est désormais nécessaire afin de bloquer tant la constitution d'un panel que l'adoption de son rapport. Le même principe prévaut lors de la procédure d'appel, moment où un comité d'appel permanent peut être amené à statuer sur la décision du premier panel. Le rapport du groupe d'appel sera adopté à moins que les membres de l'OMC en décident unanimement autrement. En cas de défaite et de refus d'obtempérer de la Partie visée, la Partie plaignante peut suspendre des bénéfices équivalents aux dépens du pays trouvé coupable.

À l'heure actuelle, il est encore difficile d'évaluer les résultats de ce nouveau mécanisme d'arbitrage. Dans le cas des automobiles de luxe, où un compromis est intervenu *in extremis*, si les États-Unis avaient maintenu leur plainte contre le Japon et si la cause avait été portée en appel, une décision finale n'aurait pu être rendue avant le milieu de l'année 96. Cependant, s'il est une chose de se doter d'un mécanisme d'arbitrage obligatoire, il en est une autre d'élaborer des règles de droit précises ne portant pas à confusion et qui ne pourront être contournées. À plusieurs niveaux, ceci constitue un problème important pour la nouvelle institution genevoise.

Il en est ainsi d'abord quant à la procédure d'arbitrage elle-même. Dans la récente dispute américano-japonaise, Tokyo a demandé des consultations urgentes avec Washington, une procédure qui est prévue pour les biens périssables mais qui n'exclut pas les autres<sup>23</sup>. Les règles ne sont pas claires et afin d'augmenter la pression sur leur partenaire japonais, les États-Unis ont refusé que soit admis le caractère urgent de la requête japonaise. Les règles de l'OMC sont d'ailleurs muettes pour les cas de désaccord sur la dimension d'urgence d'une demande de consultation.

La situation qui prévaut au niveau de l'arbitrage se répète au chapitre des lois antidumping. Les règles régissant cette matière sont vagues et générales. Les pays membres de l'OMC conservent toute la latitude nécessaire afin de transformer leur législation antidumping en protectionnisme déguisé<sup>24</sup>.

Ce commentaire vaut également pour le nouveau code des subventions. Certes, ce dernier constitue une version améliorée des règles édictées en 1979.

22. Voir à cet effet Hélène ANTONIOU, «Une évolution des mécanismes de règlement des différends : de l'ALE à l'ALENA», *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, pp. 76-77.

23. France WILLIAMS, «WTO Ponders Urgency of US-Japan Dispute», *Financial Times*, 29 mai 1995.

24. Voir à cet effet l'article de l'encyclopédie *Oxford Analytica International*, «Antidumping Laws», cité en entier dans le *Globe and Mail*, sous le titre «New GATT Rules Fail to Police Protectionism», 19 septembre 1994.

Plusieurs nouvelles méthodes de subventions utilisées par les gouvernements ont été prohibées<sup>25</sup>. Mais les règles servent à être enfreintes. L'imagination est au pouvoir et il se trouvera sans doute bientôt un gouvernement qui réussira à aider ses entreprises nationales sans enfreindre explicitement les règles de l'OMC.

Cette imprécision des règles du jeu explique deux aspects importants de la dynamique que prend actuellement le règlement des différends au niveau multilatéral. D'une part, soumis aux pressions internes et faute de consensus entre eux, les États se servent de tous les arguments et tactiques possibles afin de protéger leurs intérêts, avec pour résultat une augmentation des tensions. Les Japonais ont menacé d'en appeler de la décision américaine concernant les autos de luxe. Les États-Unis ont refusé le caractère d'urgence demandé par le Japon. Ils ont décidé de plus d'initier une plainte concernant les restrictions japonaises à l'importation d'autos et de pièces d'auto<sup>26</sup>, tout en menaçant Tokyo de porter une plainte globale contre la structure cartellisée (*kereitsu*) de l'industrie japonaise<sup>27</sup>.

Outre cette guerre de procédures, le fait que les règles soient équivoques fait en sorte que les principaux États sont peu enclins à souscrire pleinement à un mécanisme qui ne fait pas consensus et pour lequel il existe des désaccords quant à l'interprétation des textes. Les enjeux commerciaux revêtent aujourd'hui une importance trop grande pour en confier le traitement à un organe quasi judiciaire, dont les jugements auraient une grande portée, ce qui serait lourd de conséquence pour la souveraineté nationale. Soucieux de préserver leur marge de manœuvre, les États-Unis n'ont adhéré qu'à moitié aux nouveaux mécanismes de l'OMC. Telle est la raison qui explique que Washington, sous la pression du Congrès, ait décidé de mettre sur pied un comité de juges fédéraux qui aura pour tâche de réviser les décisions de l'ORD ayant trait aux lois américaines. Ultimement, ce seront les textes de droit américains qui auront préséance, pas ceux du cycle de l'Uruguay.

D'ailleurs, tout obligatoires qu'ils soient dans le texte, il est peu probable que les mécanismes de l'OMC soient vraiment obligatoires dans la pratique. Qu'arrivera-t-il si, par exemple, la fameuse section 301 de la loi commerciale américaine était jugée contraire aux accords du cycle de l'Uruguay? Les Américains décideront-ils alors d'abroger cette partie de leur loi? Ron Brown, l'actuel secrétaire américain au commerce, déclarait récemment que, bon gré mal gré, son pays se soumettrait à la décision de l'OMC concernant les droits de 100 % dont auraient été frappées les autos japonaises de luxe<sup>28</sup>. Toutefois, il ajoutait du même souffle que durant les sept années de négociations du cycle de l'Uruguay, les États-Unis avaient toujours clairement laissé entendre qu'ils continueraient d'appliquer leurs propres lois commerciales. En cas de défaite

25. «The Fundamental of GATT», *Journal of Commerce*, 30 novembre 1994.

26. John JACKSON, «U.S. Threat to New World Trade Order», *Financial Times*, 23 mai 1995.

27. Guy de JONQUIÈRES, *op.cit.*

28. Reuter, «U.S. to Heed wto on Car Trade Spat», *Financial Post*, 23 mai 1995.

de la Partie visée, la sanction ultime consistera en des représailles équivalentes prises par la Partie plaignante. Dans les milieux intéressés, l'interprétation qui prévaut actuellement est à l'effet que si l'utilisation de la législation américaine était éventuellement jugée illégale, personne ne pourra exiger des États-Unis qu'ils la mettent de côté<sup>29</sup>. En bout de ligne, le caractère réellement obligatoire des nouveaux mécanismes multilatéraux demeure encore théorique.

Cette faiblesse des mécanismes non obligatoires du GATT et de l'OMC se retrouve également au niveau de l'Accord canado-américain de libre-échange, puisque les mécanismes d'arbitrage du chapitre 18 reproduisent pour l'essentiel les mécanismes du GATT. Lorsque survient une dispute, elle est référée à la Commission mixte du commerce canado-américain, dont sont membres les deux parties. Cette institution est l'équivalent du Conseil du GATT et elle décide des mesures à prendre pour résoudre le litige, que ce soit la conciliation ou la formation d'un groupe de travail. Lorsqu'on décide d'utiliser cette voie, le groupe de travail entend la cause une première fois et dépose ensuite un rapport préliminaire. Il écoute alors les doléances des parties une deuxième fois et remet ensuite son rapport final à la Commission. Toutefois, à l'exception notable des clauses de sauvegarde, cette dernière n'est pas obligée d'adopter les recommandations des groupes de travail. Chacune des parties possède donc ici un droit de veto. À l'instar de la pratique genevoise, ceci signifie que le processus peut également être soumis à de fortes pressions politico-diplomatiques.

C'est précisément ce qui s'est produit dans l'affaire du homard canadien, que les Américains considéraient trop petit pour être vendu chez eux<sup>30</sup>. Dans ce cas particulier, les deux pays ont exercé à plusieurs reprises leur veto quant au choix des membres du groupe de travail. Par la suite, lors d'une fuite dans les médias concernant le rapport préliminaire, les pressions politiques ont fusé de toute part afin d'influencer la décision finale. En fin de compte, insatisfait des conclusions du groupe de travail, alors que les trois membres américains avaient voté contre les deux membres canadiens, le Canada a tout simplement répudié le rapport<sup>31</sup>.

Dans le cas du libre-échange cependant, en ce qui a trait au chapitre 18, il s'agit du seul cas où les conclusions d'un rapport n'ont pas été respectées. Ce succès est toutefois relatif car il se situe à un niveau bilatéral. Il est toujours plus facile de s'entendre à deux. Au niveau multilatéral, force est d'admettre que, avec la judiciarisation du processus et les pressions politiques grandissantes, les mécanismes d'arbitrage non obligatoire ne constituent plus une procédure efficace de règlement des litiges commerciaux.

29. Serge MARTI, *Le Monde*, 13 avril 1994.

30. Stephen CLARKSON, «The Political Implications of Custer» dans M.GOLD et D.LEYTON-BROWN (dirs.), *Trade-offs on Free Trade*, Toronto, Carswell, 1988, p. 160.

31. Gilbert R. WINHAM, «Dispute Settlement in NAFTA and the FTA», dans *Assessing Nafta: a Trinational Analysis*, Steven GLOBERMAN et Michael WALKER (eds.), Vancouver, The Fraser Institute, 1993, p. 255.

### III – L'arbitrage obligatoire : souveraineté nationale et précision des règles du jeu

Il est dans la nature des choses que les gouvernements veillent au maintien de leur souveraineté, attribut suprême de l'État-nation, s'il en est un. Comme l'a si bien souligné Thomas Hobbes dans *L'état de nature*, le premier objectif d'une unité politique est sa survie. Dans cette optique, il faut bien comprendre que, pour un État souverain, le fait d'accepter des mécanismes obligatoires d'arbitrage constitue, en partie du moins, une certaine abdication de sa raison d'être. Si on accepte d'avance de s'en remettre aux conclusions d'un groupe de travail, et qu'il est entendu qu'on ne pourra s'y soustraire, force est d'admettre que la décision ultime échappe alors aux autorités nationales.

Afin de restreindre l'autonomie d'action des plus puissants, les pays moins importants sont beaucoup plus susceptibles de vouloir adhérer à ce genre de processus. Pour les raisons inverses, les grandes puissances ne sont pas chaudes quant à la possibilité d'une telle sujétion. En fait, les deux perspectives ne sont opposées qu'en apparence car petits et grands poursuivent le même objectif. Réduire la liberté d'action du grand équivaut pour le petit à augmenter la sienne. En se soumettant à un mécanisme obligatoire d'arbitrage, le faible ne sacrifie pas son indépendance puisque, en réalité, seul face au fort, il n'a pas de marge de manœuvre. Bien entendu, le fort n'est pas dupe de ce raisonnement et refuse de sacrifier une liberté d'action qui, pour lui, est bien réelle.

Jusqu'à quel point peut-on généraliser cet énoncé? On se contentera de dire ici qu'il s'applique parfaitement aux relations canado-américaines. Que ce soit au niveau politique et militaire via l'ONU et l'OTAN, ou à travers le GATT pour les questions commerciales, dans sa recherche de contre-poids aux États-Unis, le Canada a toujours favorisé le multilatéralisme<sup>32</sup>. Ce n'est que devant le blocage du processus multilatéral qu'Ottawa s'est résolu à envisager de négocier seul avec Washington, à condition toutefois d'obtenir des mécanismes obligatoires d'arbitrage, ce qui lui aurait permis de pallier au déséquilibre existant entre les deux partenaires<sup>33</sup>. La réponse initiale des États-Unis fut un non catégorique. Les lois commerciales américaines s'appliqueraient au Canada comme aux autres. Toutefois, vers la fin des négociations, constatant que le Canada ne signerait pas d'entente sans obtenir un mécanisme d'arbitrage obligatoire, les États-Unis ont cédé sur ce terrain. «Be creative» aurait alors ordonné Jim Baker aux négociateurs américains, après que l'administration Reagan se soit résolue à une telle concession<sup>34</sup>.

Quand est venu plus tard le temps de négocier l'ALENA, le Mexique et le Canada ont proposé la création d'un organisme supranational commun. À

32. Michael HART, *op.cit.*, p. 197.

33. Robert E. HUDEC, *op.cit.*, p. 18.

34. «U.S. Reported to Accept Key Trade Demand», *The Globe and Mail*, 3 octobre 1987, p. 1.

l'image de la Cour de Justice européenne, issue du Traité de Rome<sup>35</sup>, ce dernier aurait entendu les causes des particuliers. De plus, les jugements rendus auraient eu valeur de jurisprudence quant au droit national de chacun des pays. Comme il fallait s'y attendre, les États-Unis ont refusé<sup>36</sup>.

Cette position de départ, adoptée par les Américains tant au niveau du libre-échange à deux qu'à trois, n'a pas été sans conséquence sur le résultat final des négociations, particulièrement en ce qui concerne les dispositions du traité qui sont ou non soumis à l'arbitrage obligatoire. Les services financiers, par exemple, font l'objet d'un chapitre particulier dans chacun des deux accords, et ils ne sont sujets à aucun arbitrage obligatoire. Ce secteur était jugé trop névralgique par les autorités américaines pour qu'il soit soumis à un tel processus<sup>37</sup>.

Malgré toute cette réserve, les États-Unis voulaient conclure un accord avec le Canada car, alors au milieu des négociations du cycle de l'Uruguay, ils espéraient que le fait de prêcher par l'exemple allait leur permettre de s'assurer d'un plus grand leadership sur les négociations<sup>38</sup>, notamment en ce qui a trait aux mécanismes de résolution de dispute. Dans leurs pourparlers avec le Canada, en faisant en sorte que seuls les droits compensateurs et les mesures antidumping y soient soumis, les Américains ont réduit au minimum ces concessions.

En somme, si l'entente de libre-échange a été finalement conclue, c'est qu'il en allait de l'intérêt économique du Canada et de l'intérêt politique des États-Unis<sup>39</sup>. Toutefois, convergence d'intérêt et volonté de compromis n'ont pas été suffisants pour aplanir toutes les difficultés. Une fois cette étape franchie, la précision des règles d'arbitrage est alors apparue comme le principal problème à résoudre.

Puisque les États se résignent difficilement à se départir d'une partie de leur souveraineté, il faut que l'exercice soit le plus limité possible. Il est par conséquent nécessaire que les règles du jeu laissent place le moins possible à l'incertitude, de sorte que les conséquences d'une décision négative soit minimisées.

Pour que cette condition se réalise, il importe toutefois que les pays signataires aient préalablement réussi à négocier un texte juridique précis, qui ne pourra laisser place à une très grande interprétation. Or, cette opération n'est pas une mince affaire et l'exemple des négociations sur la définition des subventions, des droits compensateurs et du dumping l'illustre très bien. Avant de se mettre d'accord sur les mécanismes d'arbitrage du chapitre 19,

35. Claude BOULANGER, *Communauté économique européenne*, publié par la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, 266 p.

36. Hélène ANTONIOU, *op.cit.*, p. 117.

37. William C. GRAHAM, *op.cit.*, p. 559.

38. *La Presse*, 23 novembre 1988, p. B-2.

39. Gilbert R. WINHAM, *The Evolution of International Trade Agreements*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, p. 118.

Ottawa et Washington ont tenté d'en arriver à une définition commune de ces pratiques. L'idée du Canada était ici de départager les pratiques acceptables de celles qui ne l'étaient pas. Telle aurait été ensuite la base de jugement des groupes de travail.

Cependant, pour plusieurs raisons d'ordre technique et politique, il est demeuré impossible d'en arriver à une solution<sup>40</sup>. D'abord, le régime fédéral de chacun des partenaires pose immédiatement le problème des gouvernements fédérés. Provinces et États subventionnent passablement leurs industries et les deux gouvernements fédéraux n'y peuvent pas grand-chose. De plus, le fonctionnement des programmes de subventions diffère de chaque côté de la frontière<sup>41</sup>. Au sud de celle-ci, une subvention ne s'appelle jamais subvention. Les Canadiens, eux, à tout le moins au niveau du discours, ne partagent pas une opposition aussi viscérale que les Américains à l'intervention de l'État.

Ces éléments ont finalement empêché les deux partenaires d'en arriver à une définition commune de ces pratiques. Il faut dire cependant que les causes de l'impasse tenaient aussi à la relation qui existe entre le faible et le fort. Du point de vue américain, une subvention canadienne, par le biais des exportations, finit presque toujours par affecter le secteur correspondant aux États-Unis. Par contre, le contraire n'est pas nécessairement vrai puisque, dans les échanges commerciaux de nos voisins du Sud, la proportion globale du commerce canado-américain est moindre. Une subvention américaine a donc bien moins de chance de porter préjudice au Canada<sup>42</sup>.

Du côté américain, on ne pouvait accepter de limiter de telles pratiques alors que les intérêts canadiens n'étaient pas véritablement en jeu. Pour les États-Unis, toute cette question était liée à celle des droits compensateurs, pratique que les Américains ont instauré afin de faire pression sur leurs différents partenaires du GATT<sup>43</sup>. Ce faisant, ils portaient parfois préjudice au Canada, même lorsque celui-ci n'était pas leur cible première.

Dès lors, s'ils avaient consenti à définir avec les Canadiens ce qui constituait une subvention inacceptable, les Américains auraient du même coup tracé les contours de ce qui serait devenu des droits compensateurs justifiés. Afin de défendre leur position au GATT contre les États-Unis, le Japon et l'Europe auraient alors pu se servir des critères définis avec le Canada, et ce sans avoir eu à faire de concessions équivalentes en retour. En tant que superpuissance, défendant des intérêts économiques et politiques à l'échelle du monde, les Américains ne pouvaient consentir à sacrifier un tel outil de pression diplomatique dans le seul but de faire plaisir à leur voisin du Nord.

40. William C. GRAHAM, *op.cit.*, pp. 567-568.

41. À cet égard, la position du Canada est à l'effet que le gouvernement américain subventionne autant que le gouvernement canadien, mais de façon détournée et différente. Telle est la raison qui a initialement amené Ottawa à vouloir définir la pratique des subventions. Voir à cet effet Gilbert WINHAM, *Trading with Canada, op.cit.*, pp. 40-41.

42. Gilbert WINHAM, *Trading with Canada, op.cit.*, pp. 40-41.

43. Robert E. HUDEC, *op.cit.*, p. 22.

Pour toutes ces raisons, les négociations sur le dumping, les subventions et les droits compensateurs ont finalement échoué. Le chapitre 19, sur lequel les Parties se sont finalement entendues, représente un compromis d'un genre tout à fait particulier car chacun des deux pays conservait ses propres lois et règlements en matière commerciale. Telle a été la voie utilisée afin de contourner le problème d'une définition commune des subventions. Puisqu'il s'agissait de ses propres lois, chacun pouvait prévoir de quoi il en retournerait, ce qui avait l'avantage de réduire au minimum l'atteinte à la souveraineté.

Afin d'appliquer un tel principe, deux mécanismes particuliers ont été mis en place. Il a été convenu, dans un premier temps, que les parties se consulteraient lors de tout changement apporté à leurs lois commerciales respectives, qui devaient être conformes aux Accords du GATT ou à l'Accord de libre-échange. Pour qu'une nouvelle loi s'applique à l'autre pays, ce dernier devait être explicitement mentionné<sup>44</sup>.

Une fois cette étape franchie, si une des parties demeure insatisfaite des consultations, elle peut exiger la formation d'un comité de type judiciaire qui examinera alors les changements législatifs qui font l'objet du litige. Ce comité est formé de cinq membres, issus des deux pays. Chaque gouvernement en nomme deux, tout en ayant un droit de veto sur les nominations de l'autre. Les quatre membres ainsi choisis s'entendent alors sur la sélection du cinquième. Ces derniers doivent alors déterminer si la nouvelle législation va à l'encontre de l'Accord de libre-échange ou du code des subventions du GATT. Si tel est le cas, le groupe de travail recommande des changements à cet effet. Si le défendeur refuse d'obtempérer, le demandeur est autorisé à prendre des représailles équivalentes, ou à résilier l'entente<sup>45</sup>.

Avec cette partie du chapitre 19, les deux gouvernements se sont assurés que les règles du jeu, en l'occurrence les lois commerciales de chacun des pays, restent les mêmes qu'au moment où l'accord avait été signé. Ottawa craignait à cet effet que Washington modifie sa loi, de façon à contourner la lettre sinon l'esprit de l'entente de libre-échange. De plus, en vertu de l'obligation de mentionner le partenaire lors d'un changement dans la réglementation commerciale américaine, le Canada obtenait une protection contre d'éventuelles mesures de représailles dont il n'aurait pas été la cible.

Dans un deuxième temps, le chapitre 19 prévoyait que les groupes de travail pourraient, à la demande d'une des Parties, revoir les décisions rendues par les agences commerciales de l'autre pays. Essentiellement, il s'agissait ici de déterminer si les lois nationales n'avaient pas été interprétées de façon à favoriser les producteurs nationaux. Dans un tel cas, le groupe d'experts avait le pouvoir d'exiger que l'agence commerciale en question refasse ses devoirs. Le tout répondait aux exigences du Canada, qui trouvait que les agences américaines, parfois soumises aux pressions politiques, rendaient des jugements biaisés.

44. Donald McRAE et Depra P. STEGER, *op.cit.*, p. 26.

45. William C. GRAHAM, *op.cit.*, p. 566.

#### IV – L'arbitrage obligatoire dans l'ALENA et l'uniformité des règles du jeu

Afin de compléter l'analyse, il importe de s'attarder aux mécanismes de résolution de litiges dans la nouvelle entente de libre-échange à trois. Dans quel sens peut-on interpréter les changements qui y ont été apportés ?

Pour que les États consentent à se départir d'une partie de leur souveraineté, l'exercice doit être limité et les gouvernements recherchent à cet effet des garanties. Cette assurance, c'est au niveau d'une plus grande précision des règles du jeu qu'ils l'obtiennent. Dans cette optique, il faut d'abord évaluer le résultat des mécanismes mis en place au niveau du libre-échange à deux.

Le fait est que ces mécanismes ont très bien fonctionné, au-delà des espérances. Le chapitre 18, grâce à ses mécanismes de consultation, a permis d'éviter de nombreuses escalades. Quand la formation de groupes de travail s'est avérée nécessaire, ces derniers ont joué un rôle déterminant dans la recherche d'une solution acceptable aux deux parties<sup>46</sup>.

Sous l'égide du chapitre 19, les résultats sont encore plus probants. Les groupes de travail binationaux ont la plupart du temps rendu des décisions unanimes, tout en respectant leurs échéanciers<sup>47</sup>. Un examen desdites décisions permet de dire qu'il n'y a pas eu de biais, ni en faveur d'un des deux pays, ni en fonction d'une idéologie protectionniste ou libre-échangiste. De plus, au niveau du droit, les groupes d'experts affichent une performance impressionnante<sup>48</sup>, et ce même si au départ des interprétations divergentes ont porté plusieurs causes en arbitrage.

Loin de se transformer en boîte de Pandore, les mécanismes de résolution de dispute, tant pour le chapitre 18 que 19, ont traversé avec succès leur baptême du feu. Le texte de droit ne pouvait s'interpréter en tout sens puisque chacun gardait sa législation nationale. La pratique a de plus fait la preuve de la cohérence de ces mécanismes. Tant dans le texte que dans son application, les règles du jeu ont été claires et précises.

C'est dans cette perspective qu'il faut analyser une première série de changements qui fut apportée dans l'ALENA. Au niveau du chapitre 20, (l'équivalent du chapitre 18 dans l'accord canado-américain) le rôle de la Commission a été renforcé, tout en augmentant les services de secrétariat<sup>49</sup>. Le tout avait pour but de favoriser davantage le rôle de conciliation et de médiation de la Commission, afin d'éviter autant que possible le recours aux groupes de travail.

46. Michael HART, *op.cit.*, p. 200.

47. Gordon RITCHIE, «The Free Trade Agreement Revisited», *The American Review of Canadian Studies*, Summer/Autumn 1991, p. 210.

48. Gilbert R. WINHAM, «Dispute Settlement in NAFTA and the FTA», *op.cit.*, pp. 252-253.

49. Hélène ANTONIOU, *op.cit.*, pp. 78-79.

En ce qui a trait à la façon de sélectionner les experts composant ces groupes, on a voulu étanchéifier le processus, qui, lors de l'affaire du homard, ne s'était pas montré imperméable aux pressions politiques. Tant pour le chapitre 20 que 19, il fut donc convenu que le choix des experts (issus des trois pays) siégeant sur les comités se ferait à partir d'une liste de personnes préalablement établie, 30 pour le chapitre 20 et 75 pour le chapitre 19. Les modifications allaient donc dans le sens d'un renforcement du caractère impartial du travail des groupes, aux dépens de l'influence qu'avaient pu y exercer les gouvernements. Pour ce qui est du chapitre 19, cette dernière mesure avait pour effet de renforcer le caractère obligatoire de l'arbitrage.

Suite à cette première série de changements, conclus à la lumière de l'expérience canado-américaine, il fallut apporter d'autres ajustements en regard des particularités du nouveau partenaire mexicain. En fait, c'est plutôt le Mexique qui fut obligé de s'adapter.

Malgré quelques différences techniques<sup>50</sup>, le Canada et les États-Unis se sont dotés de lois commerciales et de procédures administratives remarquablement similaires. Les fondements du système juridique sont les mêmes<sup>51</sup>. C'est précisément cette similarité qui a permis la mise en place des mécanismes d'arbitrage du chapitre 19, où des groupes de travail étaient appelés à statuer sur les lois et les pratiques commerciales de chacun des pays. Si on a pu accepter que chacun conserve ses propres lois, c'est que le système juridico-administratif fonctionnait de la même façon dans les deux pays. Afin que personne ne puisse tricher, il existait d'ailleurs des garanties puisque tout changement législatif postérieur à l'entente pouvait être soumis aux mécanismes d'arbitrage obligatoire du traité.

Au Mexique, les choses fonctionnaient bien différemment. Suite au dépôt d'une plainte par un producteur national, il ne suffisait que d'un délai de cinq jours pour que la *Comisión de Arcanceles y Controles al Comercio Exterior* impose des droits compensateurs. De plus, ce jugement était sans appel et le producteur étranger qui en est la cible n'en était même pas informé<sup>52</sup>. Il va sans dire qu'une telle situation aurait introduit une grave asymétrie dans les mécanismes d'arbitrage du chapitre 19. Afin qu'une telle mécanique fonctionne équitablement, les règles du jeu devaient être les mêmes pour tous. Le Canada et les États-Unis exigèrent donc des modifications législatives de la part du Mexique. Ayant axé toute sa stratégie économique en fonction de la conclusion d'un accord nord-américain de libre-échange, ce dernier ne pouvait refuser les changements qui lui étaient demandés.

50. La principale différence tient à la plus grande facilité, dans la loi américaine, d'en appeler d'un jugement de première instance. Voir à cet effet William C. GRAHAM, *op.cit.*, p.569.

51. Murray G. SMITH, «The Future Evolution of the Canada-U.S. Free Trade Agreement: Opportunities and Risks», *The American Review of Canadian Studies*, Summer/Autumn 1991, p. 299.

52. Hélène ANTONIOU, *op.cit.*, pp. 99-100.

En somme, les changements introduits dans l'ALENA, en ce qui a trait à l'arbitrage, allaient dans le sens d'un renforcement. Ils ont été rendus possibles par le bon fonctionnement des règles déjà en place, de même que par leur uniformisation via l'ajustement des lois commerciales mexicaines.

## Conclusion

L'importance croissante des échanges commerciaux de même que leur complexification expliquent la place sans cesse grandissante qu'occupent les mécanismes d'arbitrage dans les accords commerciaux. Les gouvernements sont davantage impliqués dans l'économie et les groupes d'intérêt s'activent comme jamais afin de faire pression sur leurs représentants politiques. Tous ces facteurs ont pour effet de multiplier les sources de discorde.

Au niveau du GATT, la principale conséquence de ce phénomène a été la judiciarisation du processus d'arbitrage, enjeu qui accapare chaque jour plus de ressources, de temps et d'énergies. En ce qui a trait au libre-échange canado-américain, il s'agissait d'une condition *sine qua non* à la conclusion d'une entente.

En l'absence d'une définition précise des règles du jeu, le caractère non obligatoire de l'arbitrage, donne lieu à une augmentation substantielle des causes, le tout se transformant parfois en véritable bataille rangée. Telle est la situation qui prévaut à Genève.

La mise en place de mécanismes obligatoires d'arbitrage implique toutefois que les États renoncent à une partie de leur souveraineté, contrainte à laquelle les puissants de ce monde ne se résignent pas facilement. Le franchissement d'une telle étape exige que les règles du jeu soient clairement définies et délimitées. Ottawa et Washington n'ont pu se mettre d'accord sur une définition commune du dumping, des subventions et des droits compensateurs. En décidant de fonder l'arbitrage obligatoire sur leur législation commerciale respective, et en soumettant aux mécanismes du chapitre 19 d'éventuels changements législatifs de même que les jugements des tribunaux commerciaux, les deux pays ont finalement réussi à s'entendre sur un texte de droit clair. Au niveau de la pratique, les nombreuses décisions unanimes ont fait la preuve que les mécanismes mis en place pouvaient fonctionner avec précision. Ainsi assurés du succès des mécanismes d'arbitrage du libre-échange à deux, les trois partenaires du libre-échange nord-américain en améliorèrent les dispositions lors de la négociation de l'ALENA.

La réussite initiale du Canada et des États-Unis avait été grandement facilitée par les ressemblances qui existent entre les deux démocraties anglo-saxonnes. Que ce soit au niveau juridique ou administratif, Canadiens et Américains ont des pratiques commerciales très ressemblantes. L'entrée en scène du Mexique illustre bien l'importance de cet élément. Pays où l'État de droit n'est pas encore pleinement établi, la fédération mexicaine a dû adapter passablement ses pratiques légales et administratives afin que le processus d'arbitrage soit équitable pour tous.

Il ressort donc clairement que la forme particulière que prend le processus d'arbitrage dépend de la manière dont fonctionnent les règles du jeu. En plus d'être les mêmes pour tous, ces dernières doivent atteindre un haut degré de précision. Telle est la leçon à tirer de l'expérience du libre-échange nord-américain, à deux ou à trois.

À cet égard, seule la similarité des partenaires, de même que la disposition du Mexique à changer ses lois ont permis la réussite que l'on connaît aujourd'hui. Cette constatation met en lumière les difficultés qui se dressent lorsqu'on veut arriver à un tel résultat dans un cadre multilatéral. Les 125 pays membres de l'OMC constituent une mosaïque de diversité et de disparité. Même en ne considérant que les plus importants d'entre eux, ce constat demeure. N'oublions pas qu'en dépit de toutes leurs ressemblances et de l'intérêt qu'ils avaient à signer une entente, même le Canada et les États-Unis n'ont pu s'entendre sur la définition d'une subvention. À cet égard, les possibilités de réussite dans un cadre multilatéral demeurent un obstacle de taille au bon fonctionnement des mécanismes d'arbitrage de l'OMC.