

**D
O
C
U
M
E
N
T

H
O
R
S

S
É
R
I
E**

**ANALYSE DES MÉCANISMES
DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
COMMERCIAUX INTERNATIONAUX
ET CONSÉQUENCES
POUR L'ACCORD CANADIEN
SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR**

*Document hors série n° 19
Novembre 1997*



Industrie Canada Industry Canada

**ANALYSE DES MÉCANISMES
DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
COMMERCIAUX INTERNATIONAUX
ET CONSÉQUENCES
POUR L'ACCORD CANADIEN
SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR**

*par E. Wayne Clendenning et Robert J. Clendenning,
E. Wayne Clendenning & Associates Inc.*

*Document hors série n° 19
Novembre 1997*

Données de catalogage avant publication (Canada)

Clendenning, E. Wayne

Analyse des mécanismes de règlement des différends
commerciaux internationaux et conséquences pour
l'Accord canadien sur le commerce intérieur.

(Document hors série)

Texte en français et en anglais disposé tête-bêche.

Titre de la p. de t. addit. : Analysis of International Trade Dispute

Settlement Mechanisms and Implications for Canada's Agreement on Internal Trade.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-662-63225-7

No de cat. C21-23/18

1. Canada -- Accords commerciaux.
2. Droit international privé -- Arbitrage.
3. Commerce extérieur -- Réglementation.
- I. Clendenning, Robert J.
- II. Canada. Industrie Canada.
- III. Titre.
- IV. Coll. : Document hors série (Canada. Industrie Canada).

HF1479.C53 1997

382'.971

C97-980410-8F

Les opinions exprimées dans ce document hors série ne reflètent pas nécessairement celles d'Industrie Canada ou du gouvernement fédéral.

Vous trouverez, à la fin du présent ouvrage, des renseignements sur les documents publiés dans le cadre du Programme des publications de recherche et sur la façon d'en obtenir des exemplaires. Des sommaires des documents de recherche, des documents de travail, des documents hors-série et des documents de discussion d'Industrie Canada, ainsi que le texte intégral de notre bulletin trimestriel, *MICRO*, peuvent être consultés sur STRATEGIS, le service d'information commerciale en direct du Ministère, à l'adresse <http://strategis.ic.gc.ca>

Prière d'adresser tout commentaire à :

Someshwar Rao

Directeur

Analyse des investissements stratégiques

Analyse de la politique micro-économique

Industrie Canada

5^e étage, tour ouest

235, rue Queen

Ottawa (Ontario) K1A 0H5

Téléphone : (613) 941-8187

Télécopieur : (613) 991-1261

Courrier électronique : rao.someshwar@ic.gc.ca

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. LES MÉCANISMES INTERNATIONAUX	3
L'Union européenne	3
<i>Aperçu du mécanisme de l'UE</i>	3
<i>Évolution et déplacement du point d'équilibre</i>	5
<i>L'expérience de l'UE</i>	6
L'Organisation mondiale du commerce	8
<i>Le mécanisme du GATT</i>	8
<i>L'évolution de l'OMC</i>	9
<i>L'organe de règlement des différends de l'OMC</i>	13
<i>Évaluation de l'initiative de l'OMC</i>	17
L'Accord de libre-échange nord-américain	21
<i>Le mécanisme de l'ALENA</i>	21
<i>L'évolution du mécanisme de l'ALENA</i>	23
<i>L'expérience de l'ALE et de l'ALENA</i>	26
2. LES MÉCANISMES NATIONAUX	35
Le commerce inter-États en Australie et la constitution ...	35
<i>Le débat sur le fédéralisme australien</i>	35
<i>L'expérience de la Haute Cour australienne</i>	37
L'Accord canadien sur le commerce intérieur	43
<i>Le cheminement vers l'ACI</i>	44
<i>Modalités et procédures de règlement des différends</i> <i>en vertu de l'ACI</i>	45
<i>Critiques des modalités de règlement des différends</i> <i>en vertu de l'ACI</i>	47
3. COMPARAISON ET ÉVALUATION	53
Comparaison des mécanismes de règlement des différends	53
Efficacité des divers mécanismes	56
<i>Portée</i>	56
<i>Fréquence d'utilisation</i>	58
<i>Crédibilité des décisions et des jugements</i>	59
<i>Bilan de l'exécution des décisions</i>	61
<i>Une évolution nécessaire</i>	62

Conséquences pour le mécanisme de l'Accord canadien sur le commerce intérieur	63
<i>Conséquences des changements apportés à l'OMC et à l'ALENA</i>	63
<i>Enseignements à tirer des mécanismes de l'UE et de l'Australie</i>	65
<i>Principaux enjeux et recommandations</i>	66
BIBLIOGRAPHIE	69
PUBLICATIONS DE RECHERCHE D'INDUSTRIE CANADA	71

INTRODUCTION

Cette étude vise à faire le point sur l'évolution récente des mécanismes nationaux et internationaux de règlement des différends commerciaux et à analyser les conséquences qui en découlent pour l'Accord canadien sur le commerce intérieur (ACI). Les mécanismes internationaux ont évolué notamment en raison des nouvelles exigences qui sont venu s'ajouter et de l'expérience acquise au fil des années. Il a donc fallu mettre au point de nouvelles structures, qui se sont superposées aux mécanismes en place et recourir à de nouvelles modalités et procédures pour renforcer leur application et leur crédibilité. Cette évolution a fait apparaître des différences considérables au niveau de la forme et du fonctionnement des divers mécanismes de règlement des conflits, allant d'interventions fondées sur le recours aux tribunaux, qui supposent des règles de procédure très légalistes, à des systèmes faisant appel à des groupes spéciaux d'experts, dont les structures et les règles de procédure sont plus informelles. Notre analyse englobe aussi un examen de l'approche constitutionnelle suivie en Australie pour assurer le libre-échange à l'intérieur d'un État fédéral qui ressemble à celui du Canada. Le processus de l'ACI est inspiré largement de plusieurs de ces mécanismes et son évolution reflétera sans aucun doute les changements et les améliorations qui leur seront apportés. Notre étude comprend aussi une analyse de ces changements et de leurs conséquences pour le mécanisme de l'ACI; nous présentons par ailleurs des recommandations visant à améliorer ce dernier en nous inspirant de l'évolution et de l'expérience tirée d'autres instruments nationaux et internationaux.

1. LES MÉCANISMES INTERNATIONAUX

L'Union européenne

L'Union européenne (UE) est une union économique entre des États souverains d'Europe qui forme l'entité la plus intégrée sur le plan économique et institutionnel parmi les organisations internationales que nous avons examinées. Il s'agit essentiellement d'un mécanisme visant à faire disparaître les barrières commerciales internes par l'intermédiaire d'une législation d'intégration positive pour assurer le libre mouvement des biens, des personnes, des services et du capital entre les pays membres. Le fondement juridique de ce mouvement d'intégration remonte au traité de Rome, conclu en 1957, qui établissait l'UE (initialement appelée Communauté économique européenne); une modification apportée ultérieurement au traité en vertu de l'Acte unique européen (AUE) a permis d'accélérer la suppression des obstacles commerciaux afin de parvenir à un marché unique à la fin de 1992. Ce mouvement fut ensuite consolidé par les modifications contenues dans le traité de Maastricht qui, une fois ratifié et pleinement mis en oeuvre, représentera une autre étape importante sur la voie de l'intégration économique et politique. Afin d'atteindre ses objectifs, l'UE a mis en place un mécanisme complexe visant à assurer l'élimination de toutes les formes d'obstacles internes, en conformité avec les dispositions législatives et constitutionnelles applicables.

Aperçu du mécanisme de l'UE

L'instauration de l'UE s'est faite par l'intermédiaire d'un contrôle institutionnel et d'une législation secondaire qui a permis d'élaborer et de mettre en oeuvre la législation primaire du traité de Rome. La structure institutionnelle qui a permis de mettre en application les principes du traité et de ratifier la législation secondaire comprend quatre éléments : la Commission, le Conseil, le Parlement européen et la Cour de justice. La Commission, formée d'un ensemble de représentants officiels nommés par les États membres, est la seule à posséder le droit de proposer des lois dont l'ensemble forme la législation secondaire, tandis que le Conseil, constitué de ministres provenant des États membres, promulgue la législation secondaire. Le Parlement européen joue un rôle limité mais de plus en plus important dans le processus législatif; il peut modifier mais non prendre l'initiative d'un projet de législation. En revanche, la Cour de justice a joué un rôle de premier plan en matière d'interprétation et de mise en application de la législation de l'UE, en se fondant principalement sur un jugement qu'elle a rendu, à savoir que la législation de la communauté a prépondérance sur les lois nationales.

Dans le cadre du régime d'observation des lois de l'UE, il existe des dispositions pour l'utilisation de cinq types d'instruments visant à assurer le respect de la législation secondaire. Parmi ces instruments, le plus envahissant dans ses effets sur la législation nationale est la *réglementation*; celle-ci prévoit le remplacement des règles nationales par les règles de l'UE et l'application dans les États membres se fait sans aucune intervention des gouvernements nationaux. Une *directive* représente un instrument moins envahissant en ce sens que les États membres peuvent choisir la façon d'atteindre l'objectif prévu par la directive et que chaque membre dispose d'une période de temps pour traduire la directive en une loi nationale ou en une pratique administrative. Une *décision* est une mesure administrative prise par une institution de l'Union et visant un État membre, une entreprise ou un particulier; elle est l'équivalent d'une démarche entreprise par un gouvernement en vue de faire appliquer les dispositions d'une loi à un cas précis. Les *recommandations* et les *avis* sont des mesures n'ayant pas force obligatoire qui permettent à des institutions de l'UE d'exprimer leurs vues sur des questions précises.

Le processus de suppression ou de prévention des barrières commerciales dans l'UE relève de l'application des articles du traité et de la législation secondaire qui les transpose dans la pratique. L'interprétation faite par la Cour de justice des articles de base du traité dans de nombreux cas a permis d'établir le principe général de la non-discrimination sur la base de la nationalité ou du pays de résidence. Une nouvelle législation secondaire est aussi nécessaire sur une base continue afin de donner aux articles une application pratique, notamment pour tenir compte des divergences entre les règles nationales et la réglementation qui peuvent contribuer à créer des obstacles techniques favorables aux producteurs locaux de biens et de services. L'approche sur laquelle repose actuellement la législation secondaire pour tenir compte de ces barrières techniques est le principe de la reconnaissance réciproque des règles et des règlements des États membres.

Dans le contexte du règlement des différends, la force exécutoire dans les États membres des articles du traité, de la législation secondaire, des directives et des décisions est assurée à l'initiative non seulement d'autres États membres mais aussi d'entreprises commerciales et de particuliers. Dans ses jugements, la Cour a établi que certaines des dispositions du traité ont un « effet direct » et que, par conséquent, celles-ci confèrent des droits aux entreprises et aux particuliers qu'ils peuvent invoquer devant les tribunaux nationaux de la même façon qu'ils le feraient dans le cas des dispositions des lois nationales. Le principe de l'effet direct est devenu l'un des piliers de l'ordre juridique de l'UE et la Commission compte sur l'appui des entreprises et des particuliers qui font valoir leurs

droits au moment du règlement des différends. La Commission a aussi l'obligation juridique d'intervenir si les directives ne sont pas appliquées dans les délais prévus, si elles ne sont pas appliquées correctement ou si les États membres contreviennent aux dispositions du traité ou de la législation secondaire. La Commission prend habituellement l'initiative d'intervenir mais, si elle néglige de le faire, l'État membre lésé peut la poursuivre devant les tribunaux. Lorsqu'elle intervient, la Commission suit un processus bien défini et graduel qui débute par des contacts informels, suivis d'un avis officiel et, enfin, de procédures judiciaires. En pratique, la majorité des plaintes sont réglées avant de se retrouver devant les tribunaux. Ce processus soulève un problème permanent en ce sens qu'aucune sanction sérieuse ne peut être appliquée si un État membre refuse de donner suite ou tarde à réagir à un avis de la Commission; au bout du compte, l'observation des directives est fonction de la bonne volonté des États membres à respecter les principes de l'Union.

Évolution et déplacement du point d'équilibre

Les changements les plus récents au sein de l'UE ont été amorcés par l'adoption du traité de Maastricht qui a une vaste portée économique et sociale, dont la réalisation d'une union monétaire et l'harmonisation de la fiscalité à la grandeur de l'Union. Il a aussi contribué à modifier l'équilibre entre les institutions politiques et bureaucratiques de l'UE. Plus précisément, le traité de Maastricht a eu pour effet d'élargir les pouvoirs du Parlement européen par rapport à ceux de la Commission et du Conseil. Le traité confère à l'organe législatif un droit de veto limité pour certaines questions, bien que le Parlement soit manifestement appelé à demeurer à la remorque des deux autres institutions. Néanmoins, les pouvoirs accrus accordés à la législature pourraient contribuer à créer des barrières institutionnelles à l'intégration économique. À notre connaissance, cette possibilité ne s'est pas encore matérialisée dans le contexte de la structure actuelle, bien que l'évolution vers des pouvoirs parlementaires accrus fera certainement de cette éventualité une importante considération à l'avenir. L'aptitude des institutions de l'UE à faciliter la coopération pourrait être fonction dans une plus large mesure des réalisations politiques sur le plan intérieur, quoique les institutions de l'UE donneront peut-être une certaine impulsion favorable à la coopération.

Des indices permettent de croire que la préoccupation principale des décideurs de l'UE s'est déplacée de la création d'une législation secondaire vers sa mise en application. Dans le rapport général de 1995 sur les activités de l'Union européenne, les auteurs ont souligné que, si l'on observait une réduction considérable du nombre de nouvelles mesures législatives proposées dans ce domaine, l'activité à caractère non législatif

s'était intensifiée¹. La mise en oeuvre de la législation fait l'objet d'un vaste consensus, mais il existe des problèmes au niveau des mécanismes institutionnels servant à appliquer et à faire respecter la législation entre les pays. Cette situation met en relief la nécessité d'une évolution constante des politiques du marché commun. Le traité de Maastricht a répondu à cette nécessité en donnant à la Cour de justice le pouvoir d'imposer des pénalités aux États membres qui ne respectent pas ses décisions, notamment en n'appliquant pas les directives dans les délais prévus. Le traité de Maastricht a aussi donné suite à la question de la subsidiarité en adoptant le principe selon lequel l'Union, par l'intermédiaire de la législation secondaire, ne devrait pas intervenir à moins qu'elle puisse mieux le faire que l'État membre. En d'autres termes, l'Union n'interviendra que si, et dans la mesure où, les objectifs de l'intervention proposée ne peuvent être pleinement atteints par l'État membre et peuvent donc être mieux atteints si l'Union s'en charge. Mais, il n'est pas encore clairement établi que cette restriction sera reconnue par les tribunaux.

L'expérience de l'UE

Depuis sa création, l'UE a connu une évolution et des changements continus à la faveur des modifications apportées aux articles du traité de Rome par l'intermédiaire des dispositions de l'Acte unique européen et du traité de Maastricht, d'un courant continu de législation secondaire et des décisions de la Cour de justice. Le rôle important joué par la Cour de justice suscite un intérêt particulier. Dans la majorité des cas qui mettaient en cause des domaines tels que l'harmonisation de la réglementation, la politique fiscale dans l'optique de la mobilité du travail, la libre circulation du capital et même la validité du statut de joueur en disponibilité parmi les joueurs de soccer de différents pays, la Cour a maintenu que les lois de l'UE avaient préséance sur les lois nationales. Cela ne signifie toutefois pas que la Cour a systématiquement acquiescé aux requêtes présentées par la Commission. Par exemple, dans la cause *Commission c. Grèce*, la Cour a statué qu'une loi grecque qui prévoyait la vente en pharmacie seulement de lait modifié pour enfant ne constituait pas, comme la Commission l'avait soutenu, un obstacle à l'accès de produits au marché grec. La Cour a conclu que la politique n'était discriminatoire ni de fait ni de droit. Dans ce cas, la Cour a confirmé le principe énoncé dans l'article III du GATT, selon lequel les lois ne sont pas discriminatoires aussi longtemps qu'elles s'appliquent également aux produits locaux et étrangers, sans égard à la

¹ *Rapport général sur les activités de l'Union européenne : 1995*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1996, p. 50.

proportion des produits vendus dans un pays en provenance de chacune de ces sources.

Dans une autre affaire intéressante qui mettait en jeu la liberté d'offrir en permanence des services professionnels dans d'autres pays de la Communauté, la Cour a statué que l'Union n'avait établi aucune règle à ce sujet. Par la suite, dans la cause d'un avocat qui désirait établir une pratique permanente dans un autre État membre, elle a rendu un jugement selon lequel les dispositions nationales régissant la profession ne devaient pas s'étendre au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre leur objectif. La Cour a aussi maintenu que les États membres devaient tenir compte des diplômes obtenus dans d'autres États membres, accepter l'équivalence des diplômes et, le cas échéant, faire passer des épreuves d'admissibilité, pourvu que ces tests soient appliqués de façon non discriminatoire. Ces jugements furent ensuite incorporés aux dispositions du traité de Maastricht sous forme de modifications apportées au traité de Rome, indiquant que la Cour entendait non seulement faire appliquer les règles de l'UE mais aussi jouer un rôle dans l'évolution des règles et des mécanismes de l'Union.

L'expérience de l'UE témoigne d'une évolution continue et d'une clarification des articles initiaux, de modifications apportées à ces articles par voie de législation secondaire et de jugements rendus par la Cour de justice. Cette évolution ne s'est toutefois pas faite sans soulever d'intenses controverses qui ont souvent rendu ce cheminement difficile et ambigu. Le processus a quand même pris racine parce que la Commission, ses États membres, les entreprises commerciales et les particuliers ont pu prendre directement l'initiative d'appliquer les dispositions de l'UE avec la certitude que la législation de l'Union aurait préséance sur toute législation nationale. Les faiblesses du mécanisme de l'UE sont les pénalités limitées imposées dans les cas de non-observance de la législation secondaire par un État membre et l'administration inégale de la législation secondaire parmi les États membres. Le traité de Maastricht a tenté de surmonter ces problèmes mais d'autres initiatives seront nécessaires pour les résoudre. Avec l'entrée en vigueur des dispositions du traité de Maastricht concernant l'établissement d'une monnaie unique et la nécessité d'une harmonisation des politiques budgétaire et monétaire, les problèmes d'application et d'administration ne seront peut-être pas aussi aigus parce que les États membres se sentiront de plus en plus pressés à s'acquitter de tous leurs engagements envers l'UE de façon à continuer à faire partie de cette structure communautaire fortement unifiée.

L'Organisation mondiale du commerce

L'Organisation mondiale du commerce (OMC) — l'entité qui a succédé à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) — fut mise sur pied après la conclusion des négociations de l'Uruguay Round entreprises sous l'égide du GATT. Par suite de l'inclusion des services dans le cadre du GATT, il devenait nécessaire d'établir un système plus structuré et davantage fondé sur des règles de procédure pour régler les différends; il fut donc établi à l'intérieur de l'OMC pour faire face aux conflits plus diversifiés et plus complexes que l'on prévoyait après la conclusion des négociations de l'Uruguay Round. Les mécanismes du GATT et de l'OMC ont pour but de résoudre les différends commerciaux entre les États membres concernant l'application et le respect des règles commerciales établies dans l'Accord général. Tous les différends sont traités au niveau des gouvernements, chacun représentant les intérêts des plaignants résidant sur son territoire.

Le mécanisme du GATT

Le mécanisme du GATT ne fut pas défini en tant qu'élément de l'Accord général. Il fut plutôt élaboré à partir d'une démarche de consensus et de l'expérience acquise au cours des années et il fut codifié par une série de décisions. Le processus a fonctionné en faisant appel à deux cadres différents de règles. Premièrement, des groupes spéciaux étaient établis par le Conseil du GATT, avec un nombre fixe de membres provenant des pays signataires. Deuxièmement, des groupes spéciaux étaient créés en vertu des codes du GATT; ceux-ci comptaient un nombre limité et variable de membres et s'employaient à mettre au point des articles précis du GATT, traitant par exemple des marchés publics et des droits antidumping et compensateurs. Selon l'objet et l'urgence de la plainte qu'il déposait, un gouvernement pouvait choisir entre ces deux possibilités. Toutefois, la démarche suivie en vertu de chacune des deux options comprenait le dépôt d'une plainte, la création d'un groupe spécial chargé d'examiner la plainte, la préparation d'un rapport contenant les conclusions de l'examen, la formulation de recommandations et la mise en oeuvre des recommandations. Les rapports des groupes spéciaux visaient surtout à mettre fin à des interventions erratiques au lieu de privilégier des remèdes tangibles. La mise en oeuvre des recommandations était laissée aux soins du pays pris en défaut avec un échéancier pour faire rapport sur les mesures correctives proposées et leur mise en oeuvre dans un délai raisonnable. Le principal élément de dissuasion contre le non-respect des recommandations était la disposition prévoyant des mesures de rétorsion de la part du pays lésé; une telle démarche ne fut approuvée qu'une seule fois dans toute l'histoire du GATT.

L'évolution de l'OMC

Afin de renforcer le régime du GATT, l'OMC a remplacé en 1994 l'« ancien GATT » en adoptant une formulation plus claire et plus précise des règles de procédure. L'OMC a permis d'intégrer à l'accord original du GATT de 1947 les ententes et les règles subséquentement au régime, y compris celles de l'Uruguay Round, pour former un « protocole d'entente unique »; par conséquent, il faisait des accords de l'Uruguay Round un ensemble à prendre ou à laisser pour les signataires éventuels. Soulignons toutefois que plusieurs dispositions relatives aux services se retrouvent dans la liste de chacun des membres et varient considérablement d'un pays à un autre. Mis à part le caractère complexe de la mise en oeuvre de la section des accords de l'Uruguay Round traitant des échanges de services, l'OMC a réussi à contourner les problèmes que soulevait la clause de modification de l'ancien GATT. Celui-ci n'a jamais contenu de définition officielle du terme « consensus »; en revanche, l'OMC renferme une définition officielle de ce terme aux fins de la prise de décision. Cette nouvelle définition précise qu'un consensus ne signifie pas nécessairement qu'il y a unanimité. Elle reflète tout simplement le fait qu'aucun membre physiquement présent ne vote contre la décision. On ne tient pas compte des abstentions ni des membres absents. Donc, la formule de prise de décision fondée sur le principe d'« un membre, un vote » retenue aux fins de l'OMC, favorise la *judiciarisation* des ententes comme celles conclues durant les négociations de l'Uruguay Round. Essentiellement, la formule du « protocole d'entente unique » et la possibilité de prévoir avec une précision raisonnable le moment de l'adoption imminente d'une résolution permettent d'éviter la pratique de l'adoption sélective (communément décrite par l'expression « GATT à la carte »). De plus, comme Sarah Hogg, directrice du London Economics, l'a souligné : « Une telle façon de procéder a ses avantages; seules sont prises les décisions qui ont une bonne chance d'être mises en oeuvre »². L'adoption de la formule du « protocole d'entente unique » et l'officialisation du sens donné au terme « consensus » reflètent clairement le désir des membres de l'OMC de voir l'institution évoluer d'une manière cohérente et positive. Dans la même veine, le mécanisme de rejet du rapport d'un groupe spécial a été renforcé afin d'empêcher des retards au niveau de la mise en oeuvre des conclusions. Contrairement à la procédure modifiée applicable au vote des membres, le rejet du rapport d'un groupe spécial nécessite un « consensus négatif »; en d'autres termes, tous les membres doivent voter contre l'acceptation du rapport du groupe spécial, y compris le pays qui a déposé la plainte. L'OMC a donc évolué de façon à servir de complément aux

² Sarah Hogg, « The Political and Economic Prospects of the WTO », document présenté à la Conférence sur le règlement des différends de l'OMC, Bruxelles, le 14 juin 1996.

nouvelles structures de ses procédés de règlement des différends, qui visent à éviter la défection, la tricherie et l'imposition des politiques intérieures par des États membres.

Les efforts visant à renforcer les modalités de règlement des différends du GATT furent stimulés par ce que plusieurs percevaient comme une tendance indue des principaux intervenants à se dérober à leurs responsabilités au détriment des pays plus pauvres. Les modalités de règlement des différends en vertu de l'ancien GATT avaient un caractère plutôt amorphe : il n'existait aucune façon unique de résoudre les différends et le processus fonctionnait surtout sur une base informelle. Par conséquent, lorsque des observateurs font référence au caractère structuré du processus de règlement des différends en vertu de l'ancien GATT, ils font souvent allusion aux pratiques qui se sont développées autour des articles XXII et XXIII de l'Accord. Selon l'article XXII, les parties contractantes doivent se consulter réciproquement dans l'éventualité d'un différend portant sur toute question de fonctionnement de l'ancien GATT et tenir compte des représentations faites de part et d'autre. Si les consultations entreprises en vertu de cet article échouent, l'article XXIII s'applique alors. En se référant de façon plus générale aux parties contractantes au sens large, cet article est communément connu sous le nom de clause d'annulation. L'article s'applique si l'une des parties contractantes estime que l'atteinte de tout objectif de l'Accord est entravée par (1) le défaut de l'autre partie contractante de s'acquitter de ses obligations en vertu de l'Accord, (2) l'application par une autre partie contractante de toute mesure, qu'elle soit ou non en conflit avec les dispositions de l'Accord ou (3) l'existence de toute autre situation. Si les consultations se soldent par un échec, la partie lésée peut demander aux parties contractantes d'examiner la plainte et, si la plainte est jugée justifiée, d'autoriser la partie lésée à interrompre temporairement certaines concessions ou d'autres obligations prévues aux termes de l'entente à l'égard de la partie visée par la plainte, dans l'éventualité où cette dernière néglige de modifier ses pratiques ou ses politiques fautives.

En vertu de ces deux articles, l'ancien GATT ferait appel au mécanisme des groupes spéciaux comme procédure de règlement des différends. Mais, comme Trebilcock et Howse l'ont souligné, l'utilisation des termes « mécanisme » et « procédure » porte à confusion si on les applique aux pratiques comprises dans les articles XXII et XXIII car de telles pratiques n'équivalent pas à un processus judiciaire clairement défini³. Les auteurs ont écrit que le statut juridique précis — le fondement juridique — de certains documents comme le Protocole d'accord de 1979, qui visent à codifier la

³ Michael J. Trebilcock et Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, Routledge, New York, 1995, p. 386.

pratique du recours à des groupes spéciaux, demeure imprécis; et le statut précis de certaines pratiques passées continue de soulever des difficultés⁴.

À l'instar du GATT qui l'a précédé, le mécanisme de l'OMC n'est accessible qu'aux parties contractantes à l'Accord. Comme c'était le cas du mécanisme de résolution des différends de l'ancien GATT, les particuliers ou les entreprises qui se sentent lésés doivent persuader leur propre gouvernement de prendre leur cause en main. Les membres n'ont pas à démontrer qu'un article en particulier a été enfreint; il leur suffit de prouver que certains avantages « raisonnablement » attendus de l'entente ont été compromis ou réduits à néant. Mais, en pratique, il est peu probable que des plaintes non reliées à des infractions à l'entente se traduisent par une intervention. Donc, parmi les conditions qui justifient une plainte fondée sur une annulation ou une réduction des avantages, les gouvernements ont donné plus souvent suite dans le passé à des différends qui reflétaient dans les faits une violation de l'Accord mettant en cause une annulation des avantages, sans égard à l'existence d'effets commerciaux négatifs à ce moment-là. Une fois que l'une des parties contractantes a déposé une plainte, les parties au conflit sont tenues de mener des consultations avant qu'un groupe spécial ne soit formé. En fait, les parties au litige sont fortement incitées à résoudre leurs différends à cette étape, avant de demander l'intervention des parties contractantes en général. Plusieurs spécialistes des questions commerciales affirment que ce processus informel a joué un rôle indispensable dans l'évolution du GATT, bien qu'on ne dispose que de très peu de données sur le nombre de différends qui ont pu être réglés de cette façon. Durant les consultations, les parties étaient libres de déterminer le style de consultation et le caractère officiel qu'elles souhaitaient leur donner. En conséquence, la transparence était souvent absente des consultations et les autres parties contractantes étaient mal renseignées sur les différends en cours. Après la formulation d'une demande de consultation, les parties au conflit étaient tenues d'y donner suite « promptement » et de tenter de les mener à terme dans les meilleurs délais. La terminologie plutôt vague et l'absence de lignes directrices précises faisaient en sorte que le processus pouvait donner lieu à de sérieux retards et à des tactiques plus ou moins honnêtes de la part des parties au litige; les préoccupations soulevées par cette situation furent un élément clé qui devait mener à l'établissement du processus de l'OMC.

Aux termes des consultations, les parties avaient la possibilité d'avoir recours aux bons offices du directeur général et elles pouvaient demander l'intervention d'une tierce partie à titre de conciliateur. Si les consultations se terminaient par un échec, la partie plaignante sous l'ancien système

⁴ *Ibidem*, p. 387.

pouvait soumettre la question au Conseil des représentants du GATT, qui offrait le choix à la partie plaignante entre la création d'un groupe de travail ou d'un groupe spécial pour entendre les raisons du conflit. La pratique normale du Conseil était de procéder à la formation d'un groupe spécial; toutefois, il lui était possible de différer la décision de façon à permettre à la partie intimée d'étudier la plainte. Le processus actuel de création d'un groupe spécial par l'OMC est très différent, puisque la sélection du groupe spécial se fait automatiquement dès le dépôt d'une demande. En vertu de l'OMC, les parties intimées disposent d'une période de temps relativement courte et stricte, pendant laquelle elles peuvent soumettre leurs commentaires avant le début des travaux du groupe spécial et faire des déclarations orales.

Sauf pour l'établissement des échéanciers, le mode de fonctionnement des groupes spéciaux de l'OMC diffère très peu de celui de l'ancien GATT. Tout d'abord, les groupes spéciaux établis en vertu de l'ancien GATT avaient le pouvoir d'établir leurs propres modalités de fonctionnement. À l'instar des groupes spéciaux de l'OMC, ceux de l'ancien GATT sollicitaient des renseignements par écrit du plaignant et de l'intimé, et ils avaient le loisir de demander à des spécialistes de l'extérieur ou à des tierces parties intéressées de présenter des mémoires. En ce qui concerne la durée des délibérations, les dispositions de l'ancien GATT ne contenaient aucune ligne directrice précise. En conséquence, les délais encourus au niveau des délibérations des groupes spéciaux et, par la suite, les retards accumulés à l'étape des rapports des groupes spéciaux, en dépit du fait qu'ils devaient être remis « sans retard injustifié », étaient devenus une source croissante de mécontentement. Dans le contexte de l'ancien GATT, après le dépôt du rapport du groupe spécial, sa mise en oeuvre dépendait d'un consensus entre les parties contractantes; en d'autres termes, un rapport devenait une décision si aucune des parties contractantes ne soulevait d'objection. Par conséquent, les parties au différend devenaient des « juges dans leur propre cause ». Donc, les rapports adoptés n'avaient aucun statut juridique selon la législation du GATT et leur mise en oeuvre reposait exclusivement sur la persuasion morale et/ou la suspension de concessions par la partie plaignante.

L'un des principaux objectifs lors des négociations de l'OMC fut d'éliminer certaines expressions ambiguës et vagues comme « sans retard injustifié » et « rapidement ou dans les meilleurs délais » et de les remplacer par des lignes directrices précises, axées sur les objectifs et les buts des diverses étapes de règlement des conflits. À cet égard, il faut se réjouir du fait que les modalités de fonctionnement de l'OMC ont contribué à faire passer le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux à un nouveau niveau de spécificité et de prévisibilité. De plus, l'ancien

régime du GATT était sévèrement critiqué pour son inefficacité à établir une jurisprudence significative; pour répondre à cette critique, on a doté l'OMC d'un organe d'appel, en plus de prévoir la tenue de consultations fréquentes sur des questions de vaste portée dans le domaine de l'interprétation de la législation du GATT. La structure de l'OMC présente plusieurs avantages; notamment, elle rend les parties conscientes du processus dans lequel elles s'engagent. Mais, certains observateurs ont indiqué que l'OMC était peut-être allé trop loin en imposant aux pays membres des règles de procédure formelles. De plus, en dépit des nouveaux efforts déployés en vue de dépolitiser le mécanisme de l'OMC, l'organisme demeure une tribune politique et il a fait l'objet de critiques pour avoir accordé une attention insuffisante aux problèmes d'accessibilité. Par conséquent, bien que l'Accord relatif à l'OMC ait rendu beaucoup plus difficile la possibilité pour les membres de contourner l'application des principes du GATT et de se soustraire à l'application et à l'adoption des décisions du GATT, l'établissement d'un nouvel équilibre entre les mécanismes structurés et non structurés de règlement des différends demeure problématique.

L'organe de règlement des différends de l'OMC

De tous les mécanismes analysés dans notre étude, le nouvel organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC est l'un de ceux qui reposent sur l'approche la plus légaliste, devancé seulement par celui de l'Union européenne. En renforçant ce que plusieurs juristes spécialisés en droit commercial ont perçu comme un mouvement vers un véritable régime de droit international fondé sur des règles de fonctionnement, l'OMC s'est attaqué aux carences de ce que d'aucuns considéraient comme un processus de règlement des différends en vertu du GATT trop facile à contourner. En général, on s'est efforcé d'adapter les modalités de règlement des différends de l'OMC au paradigme réaliste des relations internationales, selon lequel les États souverains abandonnent souvent les négociations en faveur de mesures unilatérales. Pour cette raison, on a beaucoup insisté sur la nécessité d'intégrer à ce mécanisme des modalités de fonctionnement précises et transparentes. L'objectif est d'intégrer un mode de réalisation dynamique à des modalités institutionnelles visant à rendre un retrait du processus de plus en plus onéreux en terme de légitimité internationale pour les pays membres et les représentants commerciaux locaux.

Le processus normal pour l'audition d'un différend comprend cinq étapes, qui ne sont pas différentes de celles des autres processus d'examen par des groupes spéciaux créés en vertu du GATT et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). La première étape consiste en des consultations et une médiation, avec recours optionnel aux bons offices, à

la conciliation ou à la médiation du directeur général. La demande de consultations doit être soumise par écrit et des précisions doivent être apportées au sujet du contenu et des objectifs du processus. Si les parties au conflit ne sont pas en mesure de conclure un règlement dans les 60 jours suivant le début de cette étape, une demande de création d'un groupe spécial pour régler le différend peut alors être déposée. Une fois cette demande faite, la formation du groupe spécial devient automatique. Le groupe spécial chargé de l'audition du différend se compose de trois membres et il applique une procédure en huit étapes :

- 1) présentation des faits et des arguments (mémoires);
- 2) rencontres avec les parties au conflit et avec des tiers;
- 3) répliques;
- 4) rencontres et dépôt de mémoires supplémentaires, le cas échéant;
- 5) production d'un rapport sur les faits et les arguments présentés;
- 6) dépôt d'un rapport factuel intérimaire pour examen par les parties;
- 7) rédaction des conclusions et des recommandations;
- 8) dépôt du rapport final.

Après la publication du rapport final, les décisions doivent être adoptées par l'ORD dans les 60 jours, à moins qu'un avis d'appel ne soit déposé auprès de l'instance d'appel de l'ORD. Si un appel est déposé, l'instance d'appel entreprend un processus d'examen et soumet un rapport qui peut modifier, réviser ou maintenir la décision du groupe spécial.

Créé en vue d'appuyer les changements décrits plus haut, l'organe de règlement des différends et l'instance d'appel qui le complète conjuguent leurs efforts pour offrir un processus plus rapide, plus transparent et plus complet de résolution des conflits. Un aspect primordial du succès de l'ORD a été l'adoption du principe de l'automatisme : la formation de groupes spéciaux, l'adoption des rapports et le droit du gagnant d'employer des mesures de rétorsion sont toutes des mesures automatiques. Ce changement est le reflet d'un progrès semblable accompli dans le cadre de l'ALENA : si les parties au conflit n'arrivent pas à s'entendre sur le choix d'une instance qui entendra le différend, elles seront tenues de recourir automatiquement à un processus d'audition du différend prévu dans le cadre de l'ALENA. Contrairement à la procédure prévue dans l'ancien GATT, qui variait d'un secteur à l'autre, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est unifié et forme un seul et même système. Cette approche, jumelée au principe de l'automatisme, vise à rationaliser l'ensemble du

processus de règlement des différends, de sorte que les pays puissent facilement évaluer les risques que comporte le recours à des pratiques discriminatoires sous le regard d'une autorité centrale.

Le cadre institutionnel entourant le règlement des différends au sein de l'OMC comprend deux processus d'examen séparés, l'un étant l'organe de règlement des différends et l'autre, l'instance d'appel. Les deux organismes sont appelés à jouer des rôles distincts : les délibérations des groupes spéciaux se prêtent davantage à la présentation de faits et d'arguments généraux, tandis que les auditions de l'instance d'appel sont surtout axées sur des questions juridiques par une procédure semblable à celle d'un tribunal. Ces deux rôles ont mené à une composition et à un fonctionnement différents des groupes spéciaux; de plus, les membres des groupes spéciaux créés en vertu de l'instance d'appel doivent être exempts de toute affiliation gouvernementale. En vue d'assurer la neutralité des membres des groupes spéciaux, l'instance d'appel a tout mis en mesure pour qu'il n'existe aucun lien indu entre les membres des groupes spéciaux et les parties au conflit ou les questions à l'étude.

L'instance d'appel ajoute une dimension unique à ce qui constitue un processus relativement classique d'examen des différends par des groupes spéciaux dans le contexte de l'ORD. Son rôle s'apparente à celui d'un tribunal d'appel de dernière instance pour les membres qui ne s'entendent pas sur l'interprétation ou l'application d'un principe du GATT à laquelle est parvenu un groupe spécial pendant son processus d'examen. Il se compose de sept personnes qui doivent posséder une autorité reconnue et des connaissances spécialisées en droit et en commerce international ainsi que dans le domaine visé par les ententes en général; les membres sont nommés pour un mandat de quatre ans, avec possibilité de renouvellement pour un deuxième et dernier mandat. L'instance d'appel offre la possibilité aux parties en conflit de clarifier les principes juridiques des articles pertinents du GATT. Il nomme trois de ses membres pour entendre les cas individuels; ceux-ci ont le pouvoir de maintenir, de modifier ou de renverser les conclusions et les observations contenues dans les rapports des groupes spéciaux. Comme elle joue un rôle très important au niveau de la légitimation et de l'application des décisions des groupes spéciaux de l'ORD, l'instance d'appel a dû adopter des mesures élaborées pour assurer l'impartialité des membres des groupes spéciaux.

Les modalités de fonctionnement ont aussi été rigoureusement assorties de mesures visant à assurer une atmosphère de collégialité parmi les membres de l'instance d'appel. Premièrement, l'instance d'appel est tenue de convoquer au moins quatre assemblées générales de ses membres pendant l'année, de sorte qu'ils puissent être tenus au courant des activités axées sur le règlement des différends et de l'évolution de l'OMC.

De plus, même si chaque groupe de trois personnes constitué par l'instance d'appel possède le pouvoir absolu de déterminer les enjeux et les décisions d'un appel individuel, les membres sont tenus de rencontrer les quatre autres membres de l'instance d'appel pour procéder à des échanges de vues, à Genève, à l'étape des délibérations. Ces mesures visent à faire en sorte que les décisions et les interprétations soient cohérentes et qu'elles laissent peu de place à des conflits possibles avec des jugements antérieurs. Après avoir reçu un avis d'appel, les membres de l'instance d'appel doivent d'abord déterminer s'ils ont un intérêt dans la question qui pourrait compromettre leur impartialité. S'il y a conflit d'intérêt, le membre doit le divulguer à l'ensemble des membres de l'instance d'appel. Si un membre est jugé être en conflit d'intérêt, il se retire complètement des délibérations entourant l'appel, y compris les discussions qui se déroulent à l'étape des échanges de vues. Une fois terminée cette première étape visant à déterminer l'admissibilité des membres à participer à l'audition d'un appel, l'instance d'appel procède au choix des trois membres sur une base de rotation, tout en respectant les principes du choix au hasard, de l'imprévisibilité et de l'opportunité pour tous les membres de servir sans égard à leur origine nationale.

Après le choix des membres du groupe spécial, le processus démarre très rapidement, avec des échéanciers rigoureux pour le dépôt des mémoires et les délibérations. L'instance d'appel permet l'audition de l'appel dans un délai de 60 jours, avec une limite de 90 jours pour tous les cas. Les appelants disposent d'un maximum de 10 jours pour soumettre leur mémoire par écrit après avoir déposé l'avis d'appel. La partie intimée a 15 jours pour soumettre un mémoire écrit après le dépôt du mémoire écrit par l'appelant, ou 25 jours suivant le dépôt de l'avis d'appel. En général, les délibérations orales débutent un mois après le dépôt de l'avis d'appel et elles sont accessibles à la partie intimée, à l'appelant et à toute autre partie qui a déposé un mémoire auprès de l'instance d'appel. Enfin, il existe aussi des dispositions qui permettent de présenter des réponses écrites aux questions ou de déposer des mémoires supplémentaires préparés à la demande des membres du groupe spécial à toute étape de la procédure d'appel. Les experts ont fait l'éloge de cette disposition car elle offre la possibilité aux groupes spéciaux d'obtenir l'avis de spécialistes sur certaines questions plus techniques.

En somme, en adoptant une approche à caractère judiciaire dans son mode de fonctionnement et en insistant sur l'application régulière de la loi et sur le droit de tous les membres intéressés de l'OMC à participer, l'instance d'appel a atteint un niveau souhaitable de souplesse et de transparence qui ne permet pas de remplacer des décisions controversées par des solutions diplomatiques. En ce qui concerne les échéances, l'instance d'appel doit

rendre sa décision dans un délai limité à 90 jours, au terme duquel l'ORD est tenu d'adopter le rapport dans les 30 jours suivants. À compter de ce moment, la partie contrevenante fait l'objet d'une surveillance pour vérifier si elle se conforme au jugement; le non-respect du jugement ouvre la voie à des mesures de rétorsion.

Dans l'ensemble, les parties au conflit qui s'adressent à l'OMC disposent de peu d'options « légitimes » une fois le processus engagé. De plus, elles n'ont que peu de temps pour élaborer des stratégies de rechange visant à retarder la procédure. En vertu des dispositions de l'ORD, les parties à un conflit peuvent s'attendre à ce que le rapport du groupe spécial soit déposé et adopté dans un délai de 430 jours, y compris le temps consacré aux consultations et à la médiation. Donc, le processus complet, s'il devait comprendre un examen en appel suivi d'un jugement par l'instance d'appel, s'étendrait sur une période de 550 jours. Par comparaison au mode de fonctionnement de l'ALENA qui nécessite un délai d'environ quatre à cinq mois pour le dépôt du rapport du groupe spécial, le processus de l'OMC s'étend sur une période un peu plus longue. Mais, il faut souligner que le mode de fonctionnement de l'OMC offre moins de possibilité d'interférence politique une fois les décisions arrêtées. Par ailleurs, les parties qui ont recours au processus de règlement des différends de l'ACI peuvent s'attendre à ce qu'un délai possible de 545 jours s'écoule pour la seule étape du dépôt et de la mise en oeuvre du rapport du groupe spécial, auquel s'ajoute une autre période de 365 jours pour les séances consacrées à l'examen du non-respect des décisions, soit un total possible de 940 jours.

Comme on pouvait s'y attendre, l'instance d'appel est en voie d'établir les précédents les plus importants dans l'évolution du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Premièrement, il est maintenant établi que les membres croient aux principes de la prise de décision collective et de la collégialité; deuxièmement, ils se sont donné beaucoup de mal pour préserver l'impartialité, l'intégrité et l'indépendance du processus. Ils ont affirmé clairement que la nationalité ne devrait jouer aucun rôle au niveau du choix des membres ou des délibérations des groupes spéciaux et ils ont fait preuve de beaucoup de fermeté dans les premières décisions qu'ils ont rendues. Avant d'examiner ces cas, nous devons souligner que les opinions varient concernant les réalisations de l'ORD ou ses chances de succès.

Évaluation de l'initiative de l'OMC

Comme nous l'avons signalé, la procédure de règlement des différends de l'OMC marque un progrès important en vue de l'établissement d'un mécanisme de règlement des conflits commerciaux internationaux fondé sur des règles précises. À la fin des années 80, il était devenu évident que le mécanisme du GATT avait besoin d'être renforcé. Ce n'est qu'après la

conclusion des négociations de l'Uruguay Round (avec l'inclusion du commerce des services) et la signature du Protocole d'accord sur le règlement des différends qu'un consensus s'est dégagé sur la nécessité de créer une instance commune pour entendre des conflits d'une diversité et d'une complexité croissantes. Nous avons donc assisté à la mise en place d'un réseau de soutien institutionnel plus élaboré pour les travaux du GATT, notamment avec la création de l'instance d'appel et l'augmentation du personnel du Secrétariat. Mais, la question peut-être la plus urgente après la mise en place de la structure institutionnelle a été d'assurer une transition rapide vers l'OMC, de façon à empêcher les pays de recourir à des moyens externes dans l'intervalle.

Plusieurs spécialistes du commerce international ont soutenu que l'ORD devait rapidement faire valoir sa présence afin de susciter la confiance de la communauté internationale dans une formule renouvelée du GATT. Des participants à une conférence qui s'est tenue en juin 1996 à Bruxelles sur le règlement des différends dans le contexte de l'OMC ont souligné qu'un nouveau conflit entre les États-Unis et le Japon sur les automobiles et les pièces risquait de faire couler l'OMC avant même qu'elle ne commence à fonctionner. Comme nous l'avons indiqué, le mécanisme de l'OMC a été conçu pour que les parties à un conflit obtiennent rapidement des résultats, mais on peut se demander si la théorie sur laquelle repose la nouvelle institution fonctionnera en pratique. Ainsi, des déclarations en provenance du Congrès américain ont réitéré à maintes reprises qu'aucun gouvernement américain ne peut accepter que ses politiques intérieures soient dictées à l'extérieur des frontières des États-Unis. Par conséquent, les critiques que nous allons examiner ci-dessous insistent sur l'urgence de créer un mouvement de confiance à l'égard de l'OMC; ils reflètent aussi la ferme conviction que des pays, notamment les États-Unis, continueront d'être hostiles à l'endroit des mécanismes auxquels ils doivent se soumettre et qui menacent d'aller à l'encontre de leurs lois.

Même si le processus de l'OMC a été élaboré de façon à maximiser l'efficacité et à minimiser la possibilité que les membres se dérobaient à leurs responsabilités, il a fait l'objet de certaines critiques. Lors de la conférence qui s'est tenue à Bruxelles sur la question du règlement des différends dans le contexte de l'OMC, les opinions exprimées ont varié d'un soutien enthousiaste à l'ORD à un optimisme réservé quant à ses effets durables. Le sujet de loin le plus discuté fut le niveau de formalisme et de juridisme que comportent l'OMC et son instance d'appel. Des spécialistes ont évoqué les limites de la judiciarisation par rapport à l'efficacité; ils ont notamment insisté sur le surcroît d'obligations que suscitait un mécanisme de règlement des différends à caractère formel et automatique. Des extraits du compte rendu de la conférence donnent un aperçu révélateur des problèmes qui

peuvent surgir dans l'optique tant de l'Amérique du Nord que de l'UE. Nous allons examiner ces critiques en commençant par ce que certains spécialistes considèrent comme des faiblesses de l'accord initial du GATT, qui ne furent pas corrigées, pour passer ensuite aux critiques plus précises visant certains modes de fonctionnement de l'OMC.

En ce qui a trait au choix des membres des groupes spéciaux, les participants à la conférence de Bruxelles ont laissé entendre que le processus de sélection favorise grandement d'anciens fonctionnaires gouvernementaux de préférence à des personnes provenant des milieux universitaires ou non gouvernementaux. À cet égard, des participants ont affirmé que le Secrétariat, ses diplomates et ses fonctionnaires continuaient de manifester une préférence indue pour les personnes provenant de leurs propres milieux. Par conséquent, le nombre de membres de groupes spéciaux qui satisfont aux exigences de la neutralité deviendra de plus en plus restreint à mesure que le nombre de groupes spéciaux augmentera au cours des prochaines années et que les différends mettront généralement en cause les États-Unis et l'Union européenne. Pour contourner ce problème, on a recommandé à l'ORD d'envisager immédiatement une modification en vue de mettre sur pied un véritable Tribunal du commerce international (TCI), constitué de juges à temps plein rattaché à l'instance d'appel. Cette recommandation vise aussi à résoudre un autre problème : le fait que peu d'observateurs estiment que le choix des membres des groupes spéciaux peut conserver un caractère impartial, étant donné que le nombre de cas ne cessera d'augmenter à mesure que les pays choisiront de plus en plus de soumettre leurs différends à des groupes spéciaux. Des doutes furent aussi exprimés quant à la capacité de l'instance d'appel d'échapper à l'influence de l'économie et de la politique. Plus précisément, certains ont prédit que l'OMC verra des politiciens passer à l'attaque pour sauver les apparences lors de crises politiques ou de situations intérieures difficiles. Comme l'un des conférenciers l'a souligné, l'OMC pourrait connaître une évolution semblable à celle de la Société des Nations. La question primordiale demeure : Qu'arrivera-t-il si la décision va à l'encontre des intérêts d'un intervenant majeur ? Ce dernier cherchera-t-il à conclure un règlement à l'amiable au lieu d'attendre un jugement⁵ ?

Une autre source de préoccupation est la mesure dans laquelle les groupes spéciaux chargés d'examiner les différends suivront des lignes directrices cohérentes dans leur mode de fonctionnement. Comme des participants à la conférence l'ont souligné, les groupes spéciaux de l'ORD (contrairement à ceux de l'instance d'appel) qui font l'audition d'un différend

⁵ Michael Hindley, « Opening Comments of the WTO Dispute Resolution Conference », Bruxelles, le 14 juin 1996, p. 7.

pour la première fois ne disposent d'aucune règle ou procédure officielle à suivre au moment d'examiner une plainte. En particulier, on observe une absence de formalité entourant la présentation des témoignages : les parties au conflit peuvent présenter des faits et déposer des rapports et des études pendant toute la durée du processus. La possibilité de présenter des faits et des observations jusqu'à la toute dernière minute des travaux est, selon toute vraisemblance, une menace sérieuse au règlement rapide des différends. De plus, il existe encore certains aspects contradictoires entre les modalités de fonctionnement des groupes spéciaux et leur incidence sur les travaux de l'instance d'appel.

L'examen des conclusions juridiques préliminaires présentées par un groupe spécial dans son rapport intérimaire a aussi fait l'objet de critiques. Cette disposition fut critiquée parce qu'elle allait au-delà de la disposition antérieurement établie de vérifier la présentation des faits, puisqu'elle permet aux parties en litige de présenter des commentaires et des observations sur l'interprétation juridique de la version préliminaire de la décision du groupe spécial. Cette disposition a été incluse dans le but d'améliorer éventuellement la qualité et la transparence des rapports des groupes spéciaux; néanmoins, elle a soulevé des craintes en regard de la tendance des processus d'examen à jouer un rôle semblable à celui des auditions préalables à une procédure d'appel. En somme, la possibilité que l'examen préliminaire se transforme en une sorte d'« appel préalable » met en relief deux problèmes : premièrement, les parties ont tendance à revenir ou, en fait, à soumettre à nouveau des mémoires complets au groupe spécial et à plaider à nouveau leur cause pendant les examens intérimaires; deuxièmement, il pourrait arriver que seules les parties qui ont semblé « gagner » dans l'ébauche du rapport d'examen préliminaire présentent des commentaires, tandis que le « perdant » conservera en réserve tous les points faibles qu'il utilisera comme argument pour en appeler auprès de l'instance d'appel. Parmi les voies de réforme proposées à la conférence de Bruxelles figurent le retrait du processus d'examen intérimaire et la restriction de l'examen à la seule présentation des faits.

Mis à part les problèmes de procédure, des questions fondamentales furent soulevées concernant l'effet et l'accès direct au mécanisme de règlement des différends. Certains conférenciers ont affirmé que l'OMC ne comportait pas le type d'effet et d'accès direct au mécanisme dont jouissent les pays membres de l'UE par l'intermédiaire des tribunaux nationaux, mais on doute encore que ce type d'accès soit réalisable dans le contexte de l'OMC. Dans le cas de l'Union européenne, toutes les règles du traité qui sont formulées de façon inconditionnelle ont un « effet direct »; en d'autres termes, elles confèrent des droits directement aux entreprises et aux particuliers, qui peuvent les invoquer devant les tribunaux nationaux au

même titre qu'ils peuvent se prévaloir des dispositions des lois nationales. Cette particularité a sans aucun doute été l'un des piliers de l'ordre juridique de l'UE et elle fut très utile au moment de l'instruction de causes relatives aux marchés publics, mais il n'est pas clairement établi dans quelle mesure cette disposition serait souhaitable dans le contexte de l'OMC. Premièrement, l'appartenance à l'OMC est beaucoup plus diversifiée, ce qui soulève le défi formidable de l'harmonisation des systèmes judiciaires nationaux. Deuxièmement, cette possibilité aurait pour effet de susciter un grand nombre de causes et, peut-être, de limiter l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC en ralentissant le processus décisionnel et en rendant plus complexe l'application des décisions rendues.

L'Accord de libre-échange nord-américain

L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALE) a permis la création d'une zone de libre-échange entre les deux pays qui était compatible avec le GATT. L'Accord visait l'élimination des obstacles aux échanges de biens et de services entre les deux pays dans le contexte d'une juste concurrence et d'une libéralisation des investissements. Dans les faits, l'Accord reprenait les divers engagements du GATT, des arrangements bilatéraux et des ententes spéciales pour les intégrer à un traité régissant les liens économiques et commerciaux entre les deux parties. L'ALE prévoyait l'établissement d'un mécanisme de règlement des conflits dont l'objectif était de résoudre tout différend lié à l'interprétation ou à l'application de tout élément de l'Accord. L'Accord nord-américain de libre-échange (ALENA) a élargi l'ALE pour inclure le commerce avec le Mexique, tout en maintenant inchangés les éléments fondamentaux de l'ALE et en y ajoutant plusieurs dispositions et améliorations.

Le mécanisme de l'ALENA

Le mécanisme de règlement des différends créé en vertu de l'ALENA comprend deux volets distincts : les dispositions du chapitre 19, qui régissent le règlement des questions de droits antidumping et compensateurs, et les dispositions du chapitre 20 (contenues auparavant dans le chapitre 18 de l'ALE), qui traitent du règlement de tous les autres différends liés à l'Accord. Les structures principales établies dans les deux chapitres prévoient la création de groupes spéciaux binationaux chargés de régler les différends de nature générale après l'échec des consultations entre les parties à un conflit, et des appels portant sur des mesures antidumping et compensatoires qui font suite aux jugements rendus en vertu de lois nationales et au recours à des dispositions commerciales nationales. Le processus établi en vertu du chapitre 20 prévoit des délibérations au niveau des gouvernements, tandis que les dispositions du chapitre 19 visent directement les parties

plaignantes du secteur privé touchées par la mesure en question. Les groupes spéciaux sont constitués de juristes des deux pays.

Le mécanisme de règlement des différends de l'ALENA comporte de multiples étapes et il permet un règlement à l'une ou l'autre des étapes du processus. Chaque gouvernement peut demander des consultations sur une mesure actuelle ou proposée. Les parties tenteront d'en arriver à une solution dans le cadre de ces consultations, mais si elles échouent, l'une ou l'autre des parties pourra demander la tenue d'une rencontre avec la Commission, qui comprend les ministres du Commerce des trois parties à l'Accord. Si la Commission n'arrive pas à régler le différend, l'une ou l'autre partie peut demander la création d'un groupe d'experts binational pour considérer la question. Le groupe spécial établit ses propres règles de fonctionnement qui comprennent au moins une audition ainsi que la possibilité pour chacune des parties de soumettre des mémoires par écrit et des réfutations. Le groupe d'experts publie ensuite un rapport préliminaire et un rapport final. Après avoir reçu le rapport final, la Commission doit parvenir à une entente sur la façon de régler le conflit; normalement, sa décision est en accord avec la recommandation du groupe d'experts. Si la Commission n'arrive pas à s'entendre dans un délai de 30 jours, la partie lésée peut alors prendre des mesures de rétorsion contre l'autre partie en suspendant l'application de certains avantages ayant un effet équivalent jusqu'à ce que le conflit soit réglé.

Selon les dispositions du chapitre 19, les parties ont le choix de remplacer l'examen judiciaire des décisions finales en matière de droits antidumping et compensateurs rendues par un organisme national chargé de l'application des recours commerciaux par un examen confié à un groupe spécial binational. Les parties peuvent engager le processus d'examen par un groupe spécial binational d'une décision finale de l'organisme dans un délai de 30 jours de la publication de la décision par l'organisme. Après le dépôt d'une demande de création d'un groupe spécial, les deux parties au conflit choisissent chacune deux membres parmi la liste des membres admissibles à participer à un groupe spécial et elles s'entendent mutuellement sur la nomination d'un autre membre, pour un total de cinq membres. Le groupe spécial entreprend un examen de toutes les preuves déposées auprès des instances nationales de recours pour les litiges commerciaux ainsi que des mémoires qui lui sont présentés par les parties. Il entend ensuite les arguments conformément aux modalités de fonctionnement des tribunaux. Dans l'ensemble, le groupe spécial doit établir si la décision de l'organisme, qui fait l'objet d'une contestation, était conforme à la législation sur les droits antidumping et compensateurs de la partie importatrice. De plus, les groupes spéciaux sont tenus d'appliquer les normes d'examen et les principes juridiques qu'un tribunal de la partie importatrice utiliserait s'il

devait examiner une décision de l'organisme national. Le groupe spécial peut confirmer une décision finale ou il peut émettre une mesure de renvoi en conformité avec la décision rendue. Dans ce cas, le groupe spécial établit un échéancier que doit respecter la partie contrevenante. La décision d'un groupe spécial lie les deux parties sur la question particulière qui a fait l'objet d'un examen. Toutefois, le mode de fonctionnement défini dans le chapitre 19 prévoit le recours à ce qu'on a appelé un processus de contestation extraordinaire. Cette démarche fut utilisée à trois reprises sur requête des États-Unis à la suite de décisions rendues par le département américain du Commerce concernant des droits compensateurs sur le porc et le bois d'oeuvre. Tous ces cas furent controversés, mais la question du bois d'oeuvre est considérée comme celle qui fut peut-être la plus dommageable pour la légitimité du processus prévu au chapitre 19.

Ce processus de contestation sert à vérifier, en de rares occasions, la légitimité ou la rectitude d'une décision rendue par un groupe spécial. Selon ce processus, l'une ou l'autre des parties peut alléguer qu'un groupe spécial a commis certaines irrégularités, qu'il a dérogé à une règle de procédure fondamentale ou qu'il a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou ses compétences. Les allégations sont alors examinées par un comité de trois juges. Choisi parmi un groupe de cinq juges fédéraux américains et de cinq juges canadiens de la Cour supérieure, le comité a le pouvoir d'annuler la décision d'un groupe spécial ou de la renvoyer au comité spécial en lui demandant de la revoir en tenant compte des conclusions auxquelles il est arrivé. Les trois contestations extraordinaires en vertu de l'ALE furent déposées par les États-Unis et, dans les trois cas, le comité a conclu que les critères d'annulation ou de renvoi de la décision du groupe spécial n'étaient pas satisfaits.

L'évolution du mécanisme de l'ALENA

Les modalités de règlement des différends prévues au chapitre 20 de l'ALENA ne diffèrent que très peu de celles contenues dans le chapitre 18 de l'ALE. Les modifications les plus importantes ont été apportées à la structure institutionnelle entourant le processus d'examen par des groupes spéciaux et au mode de sélection des membres des groupes spéciaux. Sur le plan institutionnel, les modifications visaient surtout à renforcer le rôle du Secrétariat binational dans ses fonctions d'appui à la Commission, en fournissant un soutien logistique à tous les groupes spéciaux créés en vue de régler des différends. De plus, une restriction sur le choix de l'instance offerte aux parties en litige fut insérée dans un effort visant à atténuer la crainte d'un abandon possible de la procédure de l'ALENA en faveur de celle du GATT. Auparavant, selon les modalités du chapitre 18, le choix d'une instance pour l'examen d'un différend était laissé à la partie plaignante.

D'après le chapitre 20 de l'ALENA, le choix de cette instance doit faire l'objet d'un consensus entre les parties au conflit; s'il n'y a pas de consensus, le mécanisme d'examen de la plainte prend automatiquement la forme d'un groupe spécial créé en vertu de l'ALENA. L'insertion de cette disposition avait pour but d'intégrer un élément incitatif pour forcer les parties à harmoniser leurs perceptions des travaux des groupes spéciaux.

Selon le mécanisme de règlement des conflits prévu au chapitre 18 de l'ALE, chacune des parties choisissait deux experts à partir de listes distinctes fournies par les parties, tandis que la nomination du cinquième membre était faite par la Commission du libre-échange. Par contre, les dispositions du chapitre 20 de l'ALENA prévoient que les parties doivent s'entendre sur une liste commune de 30 membres. Le choix du président se fait à l'unanimité des parties, puis s'amorce un processus de sélection inverse selon lequel les parties choisissent des membres qui sont des citoyens du pays de l'autre partie au conflit. Selon une autre modification apportée à la procédure du chapitre 18 de l'ALE, les groupes spéciaux ont la permission de consulter ou d'utiliser des rapports préparés par des tiers. De plus, des parties non impliquées dans un conflit peuvent se prévaloir du statut d'intervenant, ce qui leur donne le droit d'assister à toutes les auditions, de présenter des mémoires oraux ou écrits et de recevoir des mémoires provenant des parties au conflit.

Les modifications contenues dans les dispositions du chapitre 20 concernant le processus de règlement des différends tiennent compte des critiques de préjugé national exprimées contre les décisions rendues en vertu du chapitre 18. En utilisant un processus de choix inverse, les groupes spéciaux créés en vertu de l'ALENA sont en mesure, théoriquement, d'éviter le problème du choix des membres en fonction de leur affiliation politique. L'expérience acquise avec le processus de règlement des différends prévu au chapitre 18 de l'ALE donne à penser que les décisions initiales jouent un rôle d'importance primordiale pour établir la légitimité du processus. Comme nous l'avons signalé, les deux premières décisions importantes rendues par des groupes spéciaux créés en vertu de l'ALE ont suscité des accusations de préjugé national, ce qui a rendu les deux parties réticentes à recourir au processus des groupes spéciaux. Toutefois, le fait que le processus des groupes spéciaux ait été intégré presque sans modification à l'ALENA permet de croire que l'insatisfaction politique était davantage liée aux décisions rendues dans quelques cas et non à l'efficacité du processus en tant que mécanisme de règlement des différends.

Les dispositions du chapitre 20 de l'ALENA tiennent compte des problèmes de distorsion dans le choix des membres des groupes spéciaux et elles contribuent à établir une présence institutionnelle plus forte pour la tenue des délibérations, mais il n'est pas clairement établi dans quelle

mesure ces modifications ont été efficaces. Dans le cadre de notre étude, nous examinons des travaux récents de Charles Doran, de l'Université John Hopkins, qui a analysé une cinquantaine de plaintes déposées en vertu de l'ALENA en utilisant une approche empirique afin de déceler l'existence de distorsions nationales dans le fonctionnement des groupes spéciaux. Même si les travaux de Doran sont incomplets, ses observations initiales indiquent qu'il existe encore, dans une large mesure, une répartition des votes au sein des groupes spéciaux de l'ALENA qui pourrait être perçue comme reflétant un préjugé national. Même si, dans la majorité des cas, les décisions sont unanimes et que les dissensions ne sont pas toujours réparties nécessairement selon la nationalité des membres, une minorité de cas de ce genre suffit à créer l'impression que le processus manque de légitimité.

Les dispositions du chapitre 19 de l'ALE et de l'ALENA sont à peu près semblables, sauf pour des modifications essentiellement mineures visant à tenir compte du système judiciaire moins développé du Mexique. Premièrement, le chapitre 19 de l'ALENA ne possède aucune clause de temporisation qui limite le maintien du processus binational. La limite de sept ans prévue dans l'ALE est donc retranchée, rendant ainsi le processus prévu au chapitre 19 aussi permanent que l'Accord lui-même. L'ALENA renferme aussi une modalité additionnelle qui décrit des approches souhaitables pour l'administration de la législation relative aux droits antidumping et compensateurs. Cette section fut ajoutée parce qu'en vertu du chapitre 19, on suppose que le groupe spécial binational appliquera les lois intérieures de la partie dont la décision de l'organisme est remise en question. Des doutes avaient été exprimés quant à la possibilité que les parties à un conflit fassent l'objet, en vertu du système judiciaire du Mexique, d'une application de la loi ou d'un traitement comparable à celui qu'elles pouvaient raisonnablement s'attendre de recevoir en vertu du système d'examen canadien ou américain. Une modification semblable fut apportée aux listes des membres des groupes spéciaux : on a proposé que les membres des groupes spéciaux comprennent dans toute la mesure du possible des juges en fonction ou à la retraite. Toutefois, on s'inquiète des effets que ce changement pourrait avoir sur la qualité de l'analyse factuelle et juridique. Le remplacement de spécialistes du commerce par des juges en fonction ou à la retraite pourrait entraîner une plus grande déférence à l'endroit des décisions de l'organisme américain par rapport à l'analyse de spécialistes des questions en litige. Comme Howse l'a mentionné, dans une optique canadienne, ceci pourrait compromettre entièrement le fondement sur lequel repose le remplacement des appels auprès du Tribunal du

commerce international par des groupes spéciaux créés en vertu des dispositions du chapitre 19⁶.

Dans l'ensemble, les dispositions du chapitre 19 de l'ALENA visent à faciliter l'harmonisation de la procédure judiciaire entre les pays et à empêcher de longs délais attribuables à des normes d'examen conflictuelles. Malheureusement, l'effet souhaité ne se manifesterait peut-être pas en pratique.

L'expérience de l'ALE et de l'ALENA

En général, les dispositions de règlement des différends prévues dans le chapitre 18 de l'ALE ont permis de désamorcer des conflits et de réduire l'incertitude entourant l'interprétation de l'Accord. Dans une étude fouillée, William Davey a entrepris une analyse de la performance des groupes spéciaux créés en vertu de l'ALE dans tous les différends survenus jusqu'au remplacement de l'ALE par l'ALENA⁷. Davey signale que certains rapports finals prêtent à controverse, notamment dans le cas des différends portant sur le saumon/hareng et le homard, qui se sont soldés par une décision partagée (3-2) parmi les membres du groupe spécial. Mais, il indique qu'en moyenne, les décisions et les rapports des groupes spéciaux ont été déposés dans un délai se rapprochant de la période de quatre mois prévue dans l'Accord. Des circonstances atténuantes expliquent les cas où le délai ne fut pas respecté. Par comparaison, les rapports des groupes spéciaux créés en vertu du GATT et les jugements des tribunaux nationaux engendrent des délais beaucoup plus longs. Ainsi, l'objectif visé par le régime de l'OMC/GATT en vertu du nouveau protocole de règlement des différends de l'OMC est d'obtenir les rapports des groupes spéciaux dans un délai de six à huit mois après la sélection des experts⁸. Par conséquent, une bonne partie des critiques visant les travaux des groupes spéciaux de l'ALE tournent davantage autour des conclusions des rapports que du délai écoulé avant leur dépôt. À titre d'exemple, dans le cas du conflit sur le homard, Davey a critiqué les experts pour avoir joué un rôle diplomatique qui dépassait leur mandat d'interpréter et de clarifier les dispositions de l'Accord. Dans le cas du différend sur le saumon et le hareng, il a indiqué que les

⁶ Les auteurs désirent remercier Robert Howse qui a examiné l'étude et apporté des clarifications concernant les dangers associés à la décision de nommer des juges en fonction ou à la retraite comme membres des groupes spéciaux.

⁷ William J. Davey, *Pine and Swine: Canada–United States Trade Dispute Settlement: The FTA Experience and NAFTA Prospects*, Centre de droit et politique commerciale, Université Carleton, Ottawa, 1996.

⁸ *Ibidem*, p. 65, note 5.

représentants canadiens avaient retenu des arguments peu judicieux et n'avaient pas réussi à faire ressortir la question pertinente. Un examen plus approfondi des questions soulevées par Davey au sujet des rapports de l'ALE permet de faire ressortir les divers facteurs qui influent sur la légitimité du mécanisme de règlement des différends.

La question des droits de débarquement du saumon et du hareng mettait en cause une restriction aux exportations imposées par le ministère canadien des Pêches sur les prises américaines : la totalité des prises de saumon du Pacifique et de hareng rogué capturées dans les eaux canadiennes devait être débarquée au pays. La raison invoquée pour justifier cette restriction à l'exportation était que la surveillance des stocks de poisson rendait nécessaire l'arrêt à une station de pêche pour y enregistrer la taille des prises et permettre une estimation raisonnable des stocks. La mesure avait été adoptée malgré la décision du GATT de 1986 qui précise que de telles restrictions représentent une violation de l'article XI du GATT. Les États-Unis ont invoqué une violation de l'article 407 (1) de l'ALE. Dans sa défense, le Canada a soutenu que la restriction, même si elle violait l'article XI, faisait intervenir l'article XX (g) ou l'exemption applicable à la conservation des ressources naturelles épuisables⁹. Le groupe spécial a conclu que l'obligation de débarquer la totalité des prises n'offrait que des avantages minimes sur le plan de la surveillance des stocks mais imposait des coûts pour les prises captées par des étrangers de beaucoup supérieurs à ceux que le gouvernement canadien imposerait, le cas échéant, aux entreprises canadiennes de traitement du poisson. Par conséquent, selon le raisonnement des membres du groupe spécial et les dispositions de l'ALE, la mesure canadienne touchant les exportations aurait dû être abolie. Mais, tout en rejetant la défense fondée sur l'article XX, le rapport du groupe spécial recommandait que l'octroi d'une exception de 10 à 20 p. 100 à l'obligation de débarquement des prises pourrait être considérée comme conforme aux dispositions de l'ALE (c'est-à-dire qu'un maximum de 20 p. 100 des prises pourraient être exportées directement sans être soumises aux exigences de débarquement). En d'autres termes, le groupe spécial rejetait comme inacceptable l'obligation d'assurer le débarquement de la totalité des prises, mais il acceptait une exigence équivalente à 80 p. 100. Comme Davey l'a indiqué, cette décision semble avoir été une tentative malhabile visant à faire des concessions aux deux parties pour régler le conflit, mais elle outrepassait le mandat confié au groupe spécial. Comme elle allait plus loin qu'un simple jugement sur les mesures à l'origine du conflit, la décision remettait en question la légitimité de la cause. Elle tentait d'apaiser l'une des parties en proposant des correctifs qui justifiaient en partie les mesures contestées;

⁹ *Ibidem.*, p. 35.

ce faisant, elle compromettrait sérieusement le caractère impartial du groupe spécial. Ce comportement démontrait aussi que les groupes spéciaux étaient disposés, dans certains cas, à donner à leur mandat une interprétation nettement orientée vers les politiques en empruntant la voie du compromis politique plutôt que de s'en tenir à rendre une décision à caractère judiciaire.

Dans le différend sur le homard, le Canada s'est objecté aux mesures de restriction à l'importation des petits homards adoptées par les États-Unis. Selon les États-Unis, comme la mesure s'appliquait à tous les achats de homard (sur le marché international comme sur celui des États, elle tombait sous l'empire de la disposition de l'article III concernant le traitement national et de l'exception prévue à l'article XX(g) du GATT. Dans sa plainte, le Canada alléguait que ces restrictions à l'importation contrevenaient aux principes de l'article XI parce qu'elles interdisaient sciemment l'importation de homards dont la taille représentait une proportion élevée des homards provenant du Canada. Les plaignants ont fondé leur argument sur l'article XI du GATT, négligeant ainsi de contester la mesure américaine sur la base de l'article III ou de l'article XX(g). Le groupe spécial s'est donc retrouvé avec la tâche de déterminer quel article s'appliquait à la restriction en question et il a conclu éventuellement que ce n'était pas l'article XI. Le groupe spécial a statué que, comme la mesure ne touchait pas ou n'était pas défavorable uniquement aux produits étrangers mais s'appliquait aussi aux produits locaux, elle relevait de l'article III. Par conséquent, la restriction fut jugée acceptable en vertu de l'ALE par une décision partagée de 3 à 2.

Dans l'ensemble, la décision rendue dans le cas du homard était appropriée puisque le groupe spécial s'est prononcé en faveur de l'une des parties au conflit et qu'il a statué en s'en tenant strictement à l'application de l'Accord. Dans leur décision, les membres du groupe spécial ont présenté une interprétation claire des dispositions de l'Accord. L'insatisfaction engendrée par la décision concernait surtout le clivage perçu en fonction de la nationalité des membres. Cette perception était accentuée par la décision rendue dans le cas du saumon et du hareng, et par le fait que les membres du groupe spécial dans le différend sur le homard représentaient la concentration la plus forte d'anciens experts commerciaux et de fonctionnaires des affaires extérieures des deux parties. Comme Davey l'a souligné, un délai de deux ans s'est écoulé avant que l'une des parties demande la création d'un autre groupe spécial. L'auteur affirme que, mis à part le cas du conflit du saumon et du hareng, aucune demande de création d'un groupe spécial en vertu des dispositions du chapitre 18 n'a été faite pour des conflits importants; un plus grand nombre de ces questions se sont retrouvées devant des groupes spéciaux créés en vertu du chapitre 19 et du

GATT¹⁰. Le processus d'examen prévu au chapitre 19 offre plus de latitude pour interpréter un différend en fonction des fondements historiques des lois nationales; mais ce mécanisme a soulevé autant de controverse que les examens entrepris en vertu du chapitre 18.

Les modalités prévues au chapitre 19 ont connu plus de succès puisqu'elles ont donné lieu à 49 demandes de création d'un groupe spécial aux termes de l'ALE et qu'une trentaine de cas avaient déjà été résolus vers le milieu de 1995¹¹. Grâce à une longue tradition de lois antidumping tant au Canada qu'aux États-Unis, les membres des groupes spéciaux créés en vertu du chapitre 19 peuvent compter sur un ensemble impressionnant de précédents. En conséquence, les groupes spéciaux ont pour tâche de se prononcer sur des décisions rendues par des instances administratives dans des différends portant sur des droits antidumping ou compensateurs. Le mécanisme vise les décisions prises par Revenu Canada, le Tribunal canadien du commerce extérieur, ainsi que le Commerce Department et l'International Trade Commission des États-Unis. Selon les dispositions du chapitre 19, le gouvernement ou une tierce partie peut demander à un groupe spécial d'examiner la décision rendue par un organisme administratif.

Un aspect primordial du processus des groupes spéciaux est lié au fait que chaque partie à l'Accord énonce des normes précises d'examen. Par exemple, la norme d'examen qui s'applique lorsqu'un groupe spécial doit analyser la décision d'un organisme américain précise que le tribunal [ou le groupe spécial] doit déclarer illégal tout jugement, résultat ou conclusion qui n'est pas appuyé par des éléments de preuve majeurs figurant au dossier ou par ailleurs non conforme à la législation. De plus, les groupes spéciaux sont tenus de respecter les normes d'examen des décisions des organismes administratifs établies par la cour d'appel des États-Unis. Dans le cas de l'examen d'une décision rendue par un organisme canadien, le groupe spécial est tenu de suivre la norme d'examen prévue dans la Loi sur la Cour fédérale. Cette norme précise qu'un groupe spécial peut renverser ou renvoyer la décision d'un organisme lorsque ce dernier :

- a négligé d'observer un principe de justice naturelle ou, par ailleurs, a outrepassé ses compétences ou refusé d'exercer ses compétences,
- a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur apparaisse ou non au vu du dossier, ou

¹⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹¹ *Ibidem*, p. 92.

- a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion factuelle erronée qui est présentée de façon absurde ou arbitraire ou qui fait abstraction des preuves qu'on lui a présentées¹².

Selon l'évaluation de Davey, la norme d'analyse appliquée à l'examen des décisions de Revenu Canada, du Tribunal canadien du commerce extérieur, du Commerce Department et de l'International Trade Tribunal des États-Unis visant des mesures antidumping et compensatoires a généralement été conforme à ce que l'on pouvait attendre des tribunaux nationaux¹³. De plus, lorsque des décisions d'organismes administratifs ont été renvoyées ou renversées, les décisions et leurs résultats n'ont pas soulevé beaucoup de controverse et seuls des correctifs mineurs ont été apportés à la suite du renvoi. Le différend sur le bois d'oeuvre de résineux a constitué une exception à cet égard.

Néanmoins, il est révélateur de calculer la fréquence des renvois pour se faire une idée du respect commandé par un organisme. Si les taux de renvoi sont beaucoup plus élevés que ceux normalement observés pour les tribunaux nationaux, on peut alors dire que la norme de révision employée est différente. Par ailleurs, si le taux est plus ou moins le même, le niveau de révision correspond, selon toute vraisemblance, à ce que l'on pourrait s'attendre à observer parmi les tribunaux nationaux. Dans le contexte canadien, les groupes d'examen binationaux ont, de façon générale, été plus interventionnistes que ne l'auraient été les tribunaux canadiens. Mais le fait que les groupes spéciaux aient renvoyé plus de décisions que ne l'aurait normalement fait un tribunal canadien est davantage le reflet du degré d'activisme judiciaire au Canada que du processus en soi. Si l'on fait une comparaison d'ensemble des jugements de la Cour de justice internationale et de ceux de la Cour fédérale, on observe que les taux de renvoi au Canada des décisions du Tribunal canadien du commerce extérieur et de Revenu Canada ne sont qu'un peu plus élevés que la moyenne. Dans le cas du Tribunal canadien du commerce extérieur, 72 p. 100 des jugements furent confirmés à la suite d'un examen par un groupe binational, bien que beaucoup de controverse ait entouré la norme d'examen appliquée par les groupes binationaux aux jugements du Tribunal¹⁴. Dans l'ensemble, les organismes canadiens se sont pliés de bonne grâce aux directives des groupes spéciaux, lesquelles, en définitive, ont eu des effets relativement négligeables sur le calcul des marges de dumping.

¹² *Ibidem*, p. 137–138.

¹³ *Ibidem*, p. 264–268.

¹⁴ *Ibidem*, p. 265–266.

En ce qui concerne les organismes américains, les décisions contestées furent maintenues dans environ un tiers des cas. Environ la moitié des décisions en matière de dumping rendues par l'International Trade Commission et le Commerce Department ont été maintenues, mais aucune décision du Commerce Department portant sur des subventions n'a été confirmée sans renvoi¹⁵. De plus, on observe un nombre plus élevé de renvois multiples de décisions d'organismes administratifs aux États-Unis qu'au Canada. Dans l'ensemble, les taux de confirmation des décisions des organismes américains n'ont pas été anormalement moins élevés que ceux de la Cour du commerce international, bien que les États-Unis aient été les seuls à demander la création de groupes spéciaux de contestation extraordinaire. De toute évidence, le taux de satisfaction aux États-Unis a été moins élevé en ce qui concerne les examens des groupes spéciaux portant sur des droits compensateurs. Cette opposition plus vive peut être attribuée à une différence fondamentale entre les perceptions que l'on se fait au Canada et aux États-Unis du rôle ou de l'objet des groupes spéciaux. Comme en témoignent les déclarations faites au moment de la signature de l'Accord, les représentants des États-Unis ont indiqué clairement au Congrès que la norme d'examen qui serait appliquée aux décisions concernant les droits antidumping et compensateurs consisterait strictement à déterminer si l'organisme a appliqué correctement la législation nationale. En d'autres termes, la notion de modifier ou de renverser des décisions d'organismes américains n'était pas considérée comme faisant partie du rôle ou de l'objet des groupes spéciaux créés en vertu du chapitre 19. Les Canadiens semblaient plus ouverts à ce type d'examen interventionniste par des groupes spéciaux et, lors des délibérations ayant précédé la ratification de l'ALE, il a été mentionné que l'effet visé par le chapitre 19 était de garantir un accès plus sûr au marché américain et de restreindre l'utilisation des mesures législatives américaines portant sur les recours commerciaux.

Les groupes spéciaux chargés d'examiner les droits compensateurs ont rendu des décisions un peu plus controversées. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'affaire la plus controversée fut celle des subventions au bois d'oeuvre. Le cas est intéressant parce qu'il représente la première tentative sérieuse faite par les États-Unis pour remettre en question la norme d'examen. Outre la déception américaine concernant le résultat de ce différend, c'est la répartition des votes tant parmi le groupe spécial créé en vertu du chapitre 19 que parmi le groupe spécial mis constitué suite à la procédure de contestation extraordinaire qui a soulevé les critiques les plus sérieuses. Les groupes spéciaux ont maintenu le programme de subvention canadien au bois d'oeuvre par un vote de 3-2 dans le cas de la procédure

¹⁵ *Ibidem*, p. 266.

du chapitre 19 et par un vote de 2-1 dans le cas de la procédure de contestation extraordinaire. Dans les deux cas, les votes dissidents furent déposés par les membres américains du groupe, créant ainsi un clivage clair en fonction de la nationalité des membres. À l'instar de la décision rendue dans le cas du homard aux termes des dispositions du chapitre 18, ce résultat partagé laissait entrevoir la possibilité que les groupes spéciaux rendent des décisions à saveur politique et l'on soupçonnait le gouvernement canadien d'avoir exercé des pressions en ce sens. Dans l'ensemble, comme pour le différend sur le homard, l'affaire du bois d'oeuvre présente des défis intéressants pour le processus de règlement des différends. Même si peu de preuves tangibles ont pu être présentées pour confirmer ou infirmer les accusations de préjugés politiques dans les décisions rendues par les groupes spéciaux, le dommage est déjà causé. En utilisant des termes semblables à ceux qu'a employés Davey pour exprimer des réserves au sujet des groupes spéciaux créés en vertu des dispositions du chapitre 18, Charles Doran a indiqué que la perception de préjugés politiques dans les situations politiquement délicates, qu'elle soit fondée ou non, suffit pour compromettre le processus.

Les États-Unis ont continué jusqu'à tout récemment à insister sur la question du bois d'oeuvre, même après le jugement défavorable rendu au terme du processus d'examen extraordinaire; comme Doran l'a signalé, la tendance des Américains à ne jamais accepter la défaite s'est manifestée encore une fois dans ce dossier. En fait, suite à la décision rendue par le groupe spécial chargé d'appliquer le mécanisme de contestation extraordinaire, les États-Unis ont de nouveau fait part de leur intention de poursuivre le débat en alléguant que les membres canadiens du groupe spécial avaient omis de déclarer un conflit d'intérêts et qu'ils avaient donc privé les États-Unis du droit à un traitement équitable. L'argument se réduisait donc à une question de préjugés nationaux et d'utilisation de la procédure par les Canadiens à leur avantage; par ailleurs, le coût et la durée du différend atteignaient de nouveaux sommets sans offrir d'espoir de règlement. En conséquence, les deux gouvernements ont décidé de régler la question en concluant une entente auxiliaire pour régir le commerce du bois d'oeuvre. En somme, afin d'éviter des coûts et des délais supplémentaires pour régler ce différend, le gouvernement canadien a accepté d'imposer des contingents à l'exportation du bois d'oeuvre aux États-Unis; en échange, les droits de coupe au Canada pouvaient être maintenus à leurs niveaux actuels. Le gouvernement canadien acceptait donc de restreindre le volume des échanges au lieu d'augmenter ses droits de coupe parce que cette formule devait quand même lui rapporter des recettes plus élevées.

Selon Doran, cet épisode constitue le premier coup sérieux porté au mécanisme de règlement des différends prévu au chapitre 19. Non

seulement cet Accord était-il impopulaire aux yeux de l'industrie canadienne du bois d'oeuvre, mais le fait de soustraire le différend au processus de l'ALE a eu pour effet de transmettre des signaux inquiétants à la communauté commerciale internationale. D'abord, cette manoeuvre laissait croire que le mécanisme des groupes spéciaux de l'ALE était une porte ouverte, en ce sens que l'une des parties pouvait toujours entreprendre de nouvelles démarches si elle n'était pas satisfaisante des résultats obtenus. De plus, le résultat de cette affaire indiquait que les décisions des groupes spéciaux bilatéraux étaient, au mieux, temporaires; et il confirmait ou, du moins, empêchait de rejeter la notion selon laquelle les États-Unis considéraient le processus de contestation extraordinaire comme un mécanisme d'appel. Le dénouement de ce différend représente donc un appui à la notion de « commerce administré » par opposition au libre-échange dans des domaines politiquement délicats.

Par conséquent, le défi le plus sérieux de l'ALE et, maintenant, de l'ALENA demeure les insinuations persistantes dans les médias et parmi les membres isolationnistes du Congrès américain voulant que le processus comporte des distorsions intrinsèques qui jouent en faveur du pays jouissant d'une majorité de membres au sein du groupe spécial. Que ce soit dans les faits ou pour se constituer du capital politique, il semble peu probable que les vues américaines sur le processus soient appelées à changer beaucoup. En fait, les États-Unis ont contesté les décisions des groupes spéciaux dans le différend sur le bois d'oeuvre en invoquant le caractère inconstitutionnel d'une mesure par laquelle des groupes binationaux sont appelés à remplacer un processus national d'examen judiciaire, même si les États-Unis avaient déjà signé l'Accord sur l'OMC; cette attitude témoigne donc d'un refus d'appuyer des mesures visant à restreindre les interventions unilatérales. Comme nous l'avons déjà indiqué dans le contexte de l'OMC, il sera peut-être nécessaire d'accorder un appui institutionnel plus soutenu aux mécanismes qui visent plus directement à éliminer les distorsions ou à atténuer les craintes qu'elles suscitent. Parmi les recommandations visant à régler cette question, celle proposant la création d'un comité permanent d'experts ou, à tout le moins, d'experts nommés pour une période déterminée, selon la formule de l'instance d'appel de l'OMC, pourrait certes contribuer à faire disparaître cette source de friction. Selon des critiques encore plus directes, l'ALENA devrait disposer d'un mécanisme d'appel en vertu du chapitre 19 pour remplacer le processus de contestation extraordinaire. Cela permettrait essentiellement d'atteindre deux objectifs. Tout d'abord, il contribuerait à ouvrir la voie à ce qui est perçu comme une pratique normale dans la législation administrative américaine. Puis, il mettrait fin aux interprétations que l'on fait du processus de contestation extraordinaire, selon lesquelles ce mécanisme est faussé et peu efficace.

Un instance d'appel pourrait donc aborder les questions d'interprétation au lieu de se prononcer sur des cas d'inconduite grave.

2. LES MÉCANISMES NATIONAUX

Le commerce inter-États en Australie et la constitution

Nous analyserons l'expérience australienne afin d'illustrer la façon dont un État fédéral doté de forts pouvoirs constitutionnels et judiciaires peut assurer le libre-échange à l'intérieur de ses frontières. En Australie, l'article 92 de la constitution stipule que le commerce entre les États doit être libre, ce qui, selon l'interprétation des tribunaux, a rendu illégale dans les faits l'érection de barrières commerciales entre les États. La constitution australienne ne contient pas de disposition pour régler les différends intergouvernementaux par voie de négociation entre le gouvernement fédéral et les États; en conséquence, les conflits portant sur le commerce intérieur sont du ressort des tribunaux fédéraux et, en bout de ligne, la Haute Cour d'Australie est habituellement appelée à les trancher. Les différends qui surviennent sont normalement portés devant les tribunaux par des entités du secteur privé qui s'objectent à la présence d'une barrière commerciale particulière. C'est cette procédure judiciaire qui joue le rôle de mécanisme officiel de règlement des différends portant sur le commerce intérieur. Notre étude de la situation australienne sera donc axée sur les jugements de la Haute Cour en vertu de l'article 92 et des dispositions connexes de la constitution portant sur les échanges et le commerce, dont l'article 51 qui ressemble aux dispositions régissant le pouvoir fédéral sur les échanges et le commerce au Canada.

Le débat sur le fédéralisme australien

Avant d'examiner certaines des causes qui ont une pertinence particulière pour notre étude, nous devons expliquer le débat qui a cours en Australie concernant la Haute Cour, les États et la situation du fédéralisme australien. Premièrement, comme au Canada, les spécialistes des questions juridiques en Australie ont dû composer avec la dichotomie posée par la suprématie du Parlement et l'activisme judiciaire. Les experts constitutionnels s'inquiètent de la possibilité qu'un activisme judiciaire accru contribue à miner le pouvoir de juridiction de l'État¹⁶. Comme au Canada, les juristes se sont interrogés sur le rôle de la Haute Cour : est-elle l'interprète ou l'auteur de la loi ? Il y a essentiellement deux conceptions du rôle de la Haute Cour, l'un classique ou traditionaliste, l'autre fédéraliste et plus politique. La vision classique attribue à la Haute Cour le rôle de protecteur des États, ce qui veut dire que ces derniers peuvent remettre en question le rôle du Commonwealth (le gouvernement fédéral de l'Australie) et s'assurer qu'il ne dispose que de

¹⁶ On retrouve certaines opinions sur le débat constitutionnel en Australie, dont des conférences sur des sujets particuliers, sur le site web de la Samuel L. Griffith Society : <http://exhibit.com.au/griffith>.

pouvoirs limités. Par ailleurs, les fédéralistes politiques ne perçoivent aucun rôle de ce genre pour la Haute Cour, considérant le Sénat comme la tribune appropriée où les États peuvent se faire entendre. Des deux conceptions opposées, la plupart des experts en droit et des étudiants du fédéralisme soutiendront que l'interprétation traditionaliste du rôle de la Haute Cour est manifestement appuyée par l'histoire et les écrits des pères fondateurs, à savoir, un tribunal constitutionnel ayant pour tâche d'appliquer la constitution et de bloquer toute tentative du gouvernement fédéral d'adopter des lois ultra vires. La Haute Cour devrait donc soutenir et protéger les États dans les cas où toutes les autres mesures de contrôle, comme le Sénat, n'arrivent pas à calmer l'appétit du Commonwealth dans sa quête de pouvoirs d'intervention dans les affaires des États. Toutefois, même s'il y a consensus sur la façon dont la Haute Cour devrait fonctionner en théorie, plusieurs juristes perçoivent son rôle en pratique comme radicalement différent.

La Haute Cour australienne a mauvaise réputation en tant que protecteur des États. Selon certains critiques, non seulement la Cour a-t-elle négligé de s'acquitter de ses responsabilités constitutionnelles envers les États, mais elle a cherché activement à étendre le pouvoir central des gouvernements successifs du Commonwealth. Qualifiée de littéraliste ou d'ultralittéraliste, la Haute Cour a interprété les dispositions de la constitution en mettant l'accent sur les modalités des pouvoirs législatifs accordés au Parlement du Commonwealth et elle a graduellement embrassé un activisme qui avalise les préoccupations fédéralistes.

Des opinions semblables ont été exprimées en ce qui a trait à l'article 92, qui stipule que les échanges, le commerce et les relations commerciales entre les États doivent être absolument libres de toute entrave. La Haute Cour a manqué de cohérence dans l'application de cet article. Elle a assuré la protection des droits individuels à participer au commerce et aux échanges mais elle a aussi contribué à maintenir des régimes restrictifs de commercialisation et d'attribution de licences en invoquant le caractère public incontournable des dispositions constitutionnelles. Comme un observateur l'a fait remarquer, la littéralité de la Haute Cour a toujours été rigoureuse et tributaire d'un résultat souhaité, à savoir le renforcement et l'expansion des pouvoirs du Commonwealth. La Cour a maintenu cette pratique à l'égard de l'article 92 en appliquant deux restrictions fondamentales à son interprétation. Premièrement, la Cour a limité la portée de l'article 92 de façon à exclure de son emprise l'activité commerciale antécédente, même lorsqu'une telle activité est essentielle à l'exercice du libre-échange entre les États.

La Cour a aussi rendu des jugements fondés sur son interprétation littérale qui entrent en conflit avec le libellé de l'article lui-même. Par exemple, la Haute Cour a permis la mise en place d'entraves réglementaires

au commerce inter-États en affirmant qu'une réglementation d'intérêt public n'était pas incompatible avec la liberté d'échange et qu'elle était au contraire nécessaire pour la préserver. Selon certains, cette interprétation est manifestement aux antipodes de l'expression « absolument libre » utilisée dans l'article 92 et elle témoigne de la tendance de la Cour à axer sa doctrine d'interprétation littérale sur une stratégie orientée vers les politiques. Plus récemment, la Cour a interprété l'article 92 de façon à assurer l'immunité aux lois du Commonwealth ou des États qui imposent des fardeaux discriminatoires à caractère protectionniste au commerce entre les États. Plusieurs États ont encore une fois perçu ces jugements comme une façon d'accorder au Parlement du Commonwealth un pouvoir réglementaire illimité pourvu que tous les États soient traités de manière uniforme. Comme plusieurs sceptiques l'ont affirmé à bon droit, il semble que la Cour en soit réticente à considérer que les barrières commerciales « nationales » sont de véritables obstacles commerciaux, même si peu d'arguments existent pour justifier leur imposition. Au contraire, les tribunaux ont eu tendance à considérer ces « barrières » comme des mesures réglementaires qui servent l'intérêt public. Ce refus de dénoncer l'utilisation de telles pratiques par le Parlement du Commonwealth, y compris les offices de commercialisation et les régimes restrictifs d'attribution de licences, en a incité plusieurs à penser que la Cour fait fausse route en épousant des doctrines économiques désuètes fondées sur une intervention de l'État à grande échelle.

L'expérience de la Haute Cour australienne

Les causes suivantes soumises à la Haute Cour relèvent de l'article 92 de la constitution australienne, qui stipule que tous les échanges commerciaux entre les États doivent être libres de toute entrave. Les deux causes sont intéressantes parce que l'une soulève la question des objectifs légitimes de l'État par opposition à des mesures discriminatoires déguisées, tandis que l'autre met en cause l'examen d'un élément de législation nationale dans le contexte d'un régime d'offices de commercialisation et traite de la question de l'applicabilité des dispositions de la constitution à des citoyens engagés individuellement dans des échanges commerciaux inter-États. Plus précisément, il faut établir de quelle façon les dispositions de la constitution australienne concernant les échanges et le commerce inter-États, et leur interprétation relativement rigoureuse, cadrent avec le fonctionnement d'un système fédéraliste. De façon plus générale, il faut déterminer s'il est possible, compte tenu du contexte politique actuel qui entoure la Haute Cour d'Australie, de régler efficacement la question des obstacles commerciaux inter-États à partir de l'application rigoureuse d'une disposition constitutionnelle sur le libre-échange.

La première cause, *Castlemaine Tooheys Ltd. v. South Australia* (1990), porte sur un différend relatif à des modifications apportées à l'application de la politique de remboursement des États sur les bouteilles retournables, qu'elles soient réutilisables ou non, au niveau des brasseries des divers États¹⁷. L'affaire est particulièrement pertinente parce qu'elle concerne ce qui est, en apparence, un objectif légitime de la politique publique — éliminer des déchets et conserver l'énergie. Le plaignant se préoccupait des conditions concurrentielles du marché et alléguait une situation de discrimination injuste envers une brasserie établie à l'extérieur de l'État dont la part de marché augmentait et qui vendait sa bière surtout dans des bouteilles non réutilisables. Dans l'optique de la partie défenderesse, la question ne visait pas tant des obstacles commerciaux servant à protéger les brasseries locales mais un problème de gestion des déchets et de consommation d'énergie supplémentaire pour traiter des bouteilles non réutilisables. D'un point de vue constitutionnel, le litige portait sur l'interprétation de l'article 92 et la protection du commerce à l'intérieur de l'État par rapport au commerce entre les États.

Le tribunal a établi que, lorsqu'il s'agit de considérer si une loi d'un État favorise le commerce à l'intérieur de l'État par opposition au commerce entre États, le désavantage concurrentiel imposé aux producteurs à l'extérieur de l'État est non discriminatoire si les charges imposées par la loi sont un moyen nécessaire pour assurer la conservation des richesses naturelles ou atteindre un autre objectif public que la législation entend protéger ou promouvoir. Les pratiques discriminatoires découleraient donc de politiques ne faisant pas référence à des objectifs de protection de l'environnement ou appliquées de façon inégale ou disproportionnée à des entités de l'extérieur de l'État. La partie défenderesse soutenait que toutes les conditions susmentionnées étaient satisfaites et que la question en litige était liée tout simplement au fait que la brasserie de l'extérieur de l'État n'avait pas d'installations lui permettant d'employer des bouteilles réutilisables.

Toutefois, la Haute Cour a considéré l'affaire sous un autre angle. Son interprétation de l'article 92 se rapproche de celle prévue à l'article XX (g) du GATT, qui peut être invoqué comme raison valable pour contrevenir à l'article XI. Il est intéressant de noter que la Haute Cour a appuyé son jugement sur les interprétations faites par la Cour suprême des États-Unis des obstacles au commerce inter-États, en vertu de la clause de commerce négatif. Selon cette clause, la Cour suprême des États-Unis a établi qu'une

¹⁷ On trouvera le compte rendu de toutes les causes de la Haute Cour d'Australie citées dans notre étude sur le site Web de l'AustLII (Australian Legal Information Institute) : <http://www.austlii.edu.au>.

loi discriminatoire d'un État peut être valide dans la mesure où elle vise à protéger des intérêts locaux légitimes. Toutefois, même s'il s'agit d'objectifs légitimes dans le contexte du pouvoir incontesté de l'État de protéger la santé et la sécurité des citoyens, la législation est invalide lorsqu'il existe une solution de rechange raisonnable et non discriminatoire permettant de protéger adéquatement ces intérêts locaux légitimes. La cour australienne a apporté une importante modification au jugement rendu aux États-Unis. Selon le critère américain de la solution de rechange, toute loi qui entrave le commerce inter-États mais qui ne répond pas à une préoccupation locale légitime est invalide. D'après l'interprétation australienne, une législation qui impose une charge à des fins protectionnistes porte atteinte à la liberté garantie en vertu de l'article 92.

En conséquence, la Haute Cour a jugé que le fardeau injuste imposé à la Bond Brewing Company, établie dans le Queensland, pour l'utilisation de bouteilles non réutilisables contrevenait à l'article 92 parce que la politique de remboursement imposée était excessive, en créant (selon la Cour) une charge à des fins protectionnistes. Le taux de remboursement excessif imposé par la législation de 1986 avait un effet de dissuasion sur les détaillants, qui se traduisait par une diminution de la part de marché de la brasserie. Mais il faut se demander de quelle liberté les États disposent pour poursuivre un objectif légitime. En autant qu'on puisse dire, le critère des solutions de rechange raisonnables que la Haute Cour a adopté relève davantage de la politique de concurrence que de l'interprétation de la constitution. En fait, l'interprétation de la Haute Cour laisse beaucoup plus de latitude aux tribunaux pour intervenir dans le domaine des politiques, que l'objectif poursuivi soit légitime ou non. Comme on pouvait s'y attendre, ce genre d'interprétation a contribué à confirmer l'impression parmi les représentants des États et les juristes que la Haute Cour poursuivait une stratégie qui contribuait à restreindre les droits ou la liberté des États. Donc, même si, dans ce cas, la législation de l'État visait manifestement à solutionner des problèmes sociaux pressants, comme la conservation de l'énergie et l'élimination des déchets, la législation fut déclarée invalide parce que les frais de remboursement imposés en vertu de la politique étaient excessifs et qu'ils constituaient un fardeau, malgré l'objectif légitime poursuivi. Soulignons que l'objectif légitime ne fut pas remis en question dans cette cause, comme cela se serait produit aux États-Unis; on a plutôt désavoué le régime de remboursement mis en place. En d'autres termes, la loi sur les contenants pouvait être révisée pour réduire les écarts de remboursement moins prononcés entre les bouteilles à usage unique et les bouteilles réutilisables sans enfreindre l'article 92.

La deuxième affaire met en cause la C. and J. Uebergang Company, une entreprise de culture du blé dans l'État de Nouvelle-Galles du Sud, et un

autre plaignant, un fabricant d'aliments pour volaille à base de blé de l'État du Queensland. Aux termes d'un contrat passé entre les deux parties, le producteur d'aliments pour volaille achetait du blé de la société Uebergang, qui devait livrer le blé dans le Queensland pour se conformer aux dispositions du contrat. La question en litige dans cette affaire était l'intention du Commonwealth Wheat Board (la partie défenderesse), en vertu de la loi sur la stabilisation de l'industrie du blé, d'exiger que tout le blé destiné au commerce inter-États lui soit livré, celui-ci se chargeant ensuite de l'acheminer et de le commercialiser. Le plaignant alléguait que la loi en question constituait une infraction à l'article 92 de la constitution parce qu'elle imposait une réglementation et un contrôle obligatoires de tous les échanges, limitant ainsi la possibilité pour les producteurs individuels de participer à des échanges inter-États et les privant de la libre circulation des produits entre les États prévu dans l'article 92 de la constitution. La cause est intéressante parce qu'elle met en relief les tensions auxquelles divers juges de la Cour furent confrontés en tentant de faire la part des choses entre les droits individuels et certaines obligations implicites liées à l'intérêt public découlant de l'article 92.

La Haute Cour avait deux défis à relever dans cette affaire et il semble qu'elle n'a pas réussi à le faire dans un cas. Premièrement, les juges devaient déterminer si les objectifs du gouvernement du Commonwealth constituaient *prima facie* une définition raisonnable de la « liberté absolue » garantie dans l'article. Essentiellement, s'il n'était pas possible de justifier à partir de fondements légitimes que le Commonwealth Wheat Board constituait la seule façon de protéger les intérêts du public et des producteurs de blé au niveau de la vente du blé, il fallait alors se demander si la législation du Commonwealth était constitutionnellement valide. Deuxièmement, les juges devaient décider si les articles pertinents de la constitution liés aux activités des personnes engagées dans le commerce inter-États représentaient un élément central ou accessoire des échanges commerciaux inter-États; cette décision devait ensuite permettre aux juges de déterminer si ces personnes avaient le droit de fonctionner hors du cadre du Commonwealth Wheat Board.

De plus, la Cour devait clarifier son intention en définissant ce qui constitue les éléments fondamentaux du commerce et de la personne. Dans l'optique des plaignants, l'article 92 protège le commerce inter-États de la personne et, même s'ils étaient prêts à admettre qu'une mesure réglementaire pouvait être compatible avec la liberté absolue garantie par cet article, ils alléguaient qu'une interdiction n'est pas une mesure de réglementation. À cet égard, leur position reposait sur l'affirmation selon laquelle la loi de stabilisation du blé créait un monopole en faveur de l'office de commercialisation du blé de l'Australie et qu'elle enlevait toute liberté aux producteurs

de vendre leur blé comme ils le voulaient. S'opposant à cette argumentation, la partie défenderesse proposait deux interprétations de l'article 92. Premièrement, elle soutenait que l'article est essentiellement une affirmation d'un droit public à partir duquel le commerçant individuel ne dérive une liberté que dans la mesure où elle est compatible avec l'intérêt public. Deuxièmement, elle faisait valoir que la négation de droits individuels pouvait être une forme de réglementation compatible avec l'article 92. L'avocat du Commonwealth Wheat Board était d'avis que la cohérence pouvait être respectée dans le cadre d'un jugement qui préciserait que la réglementation est un aspect « essentiel aux intérêts de la collectivité », tandis que le solliciteur général soutenait que, dans une affaire en vertu de laquelle l'interdiction représentait un élément d'un plan plus vaste, comme un programme de commercialisation, le critère du caractère raisonnable était suffisant; il fallait donc démontrer que le programme constituait la seule option pratique et raisonnable.

Confronté au redoutable défi de rendre une décision en se fondant sur des éléments abstraits et non sur des faits, le tribunal a indiqué clairement son appréhension devant la perspective de s'écarter des décisions antérieures de la Haute Cour en restreignant ou en élargissant radicalement la portée de l'article. Les dissensions qu'a suscitées l'interprétation de l'article 92 tournaient autour de la distinction entre l'aspect public et privé de cet article. Pendant l'audition de la cause, plusieurs juges ont exprimé leur désaccord avec des jugements antérieurs, en soulignant leurs préoccupations au sujet de la validité de considérer la personne comme un élément accessoire et corollaire à la protection de la notion intégrale de commerce inter-États. Au contraire, l'un des juges a émis l'opinion que la personne figurait au cœur même de cette notion et qu'elle était inextricablement liée à la logique sous-jacente, comme en témoigne l'utilisation du terme « relations » lorsqu'il est question de commerce.

Dans sa définition de ce qui est acceptable en matière de réglementation du commerce, des échanges et des relations entre États, la Haute Cour a indiqué que la question devrait être la suivante : La législation ou le régime exécutif met-il l'accent en définitive sur la liberté des citoyens individuels de participer au commerce, aux échanges et aux relations inter-États, et la réglementation est-elle la seule façon raisonnable et pratique de garantir cette liberté ? Donc, en posant ainsi la question, le fardeau d'y apporter une réponse positive revenait, selon la Haute Cour, à ceux qui appuyaient la mesure contestée. Dans ce cas, il incombait au gouvernement du Commonwealth de prouver que le fait d'empêcher les particuliers de participer à des échanges inter-États hors du cadre de l'office de commercialisation était justifié par des faits, admissibles devant la Cour, qui rendaient tout autre moyen impraticable ou déraisonnable. Il est facile de voir que la Cour s'est

placée dans une position précaire. Il était possible d'établir clairement que la personne est, en fait, un élément fondamental du commerce intérieur et du commerce inter-États. De plus, d'autres causes avaient permis d'établir que, pour justifier l'interdiction en tant que norme réglementaire, il fallait pouvoir démontrer qu'elle servait un intérêt public plus vaste.

La conclusion de la Cour est intéressante parce que celle-ci a jugé que la personne était, de fait, un élément essentiel du commerce et des échanges inter-États. Mais le tribunal a indiqué qu'il n'avait aucunement l'intention d'abolir une loi du Parlement censée viser un plus large segment de l'intérêt public. Donc, en établissant un équilibre entre les droits des citoyens et les objectifs sociaux soi-disant légitimes de l'État, la Haute Cour semble avoir été disposée à appuyer les droits individuels de préférence aux droits collectifs, mais elle a refusé d'utiliser son interprétation individualiste pour abolir un programme de l'office de commercialisation en invoquant le fait que des arguments empiriques n'avaient pas été présentés concernant la valeur concrète du régime de réglementation.

La conclusion de la Cour montre clairement qu'en dépit des critiques justifiées d'un grand nombre de spécialistes des affaires juridiques, il est difficile d'ignorer la déférence que commande le Parlement. Comme la Cour n'était pas en mesure de porter un jugement dans cette affaire sans se fonder sur des faits précis justifiant la position de la partie défenderesse ou la requête du plaignant, elle n'a aucunement fait progresser la question de l'applicabilité de l'article 92 aux offices de commercialisation. En d'autres termes, l'expérience australienne donne à penser que les tribunaux ne sont pas prêts à confirmer qu'une disposition constitutionnelle concernant le libre-échange a préséance sur les lois des législatures. De plus, toute tentative en vue de clarifier des principes ou des passages abstraits devient rapidement un exercice de théorie politique visant à établir un équilibre entre les droits individuels et les obligations de l'État envers la société. Il s'agit en fait d'une limite considérable à l'application des dispositions sur le libre-échange par les tribunaux, notamment lorsque les provinces ou les États sont aussi indépendants ou militants qu'ils le sont au Canada. Par ailleurs, le Canada pourrait avoir plus de succès en raison de la présence de la Charte des droits et libertés et de la tendance récente de la Cour suprême à réaffirmer les pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de commerce ainsi que la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Enfin, peut-être le meilleur enseignement que l'on puisse tirer de l'expérience australienne est le fait que la confusion entourant l'article 92 de la constitution a incité le gouvernement australien à rechercher d'autres mécanismes pour stimuler les échanges inter-États. Dans une première étape, le gouvernement a chargé une commission industrielle de préparer une analyse microéconomique complète de tous les secteurs de l'économie

australienne. Dans le cadre de cette étude, la commission examine des mécanismes possibles (y compris l'Accord canadien sur le commerce intérieur) qui pourraient contribuer à accélérer et à intensifier le commerce inter-États, évitant ainsi la confusion soulevée par l'article 92. Selon des porte-parole du Haut-commissariat pour l'Australie à Ottawa, les priorités rattachées à l'analyse d'autres mécanismes d'accord sur le commerce interne par la commission visent à réduire les coûts élevés des procédures judiciaires, offrir une meilleure compréhension des obstacles au commerce entre les États et répondre au besoin de trouver des mécanismes de règlement des différends moins structurés.

L'Accord canadien sur le commerce intérieur

Comme l'indique un document récent publié par la Chambre de commerce du Canada, il y a plus d'incitations que jamais auparavant pour les Canadiens de libéraliser davantage leur commerce intérieur. En se fondant sur les comptes économiques provinciaux, le document souligne que le commerce interprovincial, y compris les importations et les exportations, a atteint une valeur de plus de 314 milliards de dollars en 1995. Par ailleurs, une étude publiée dans l'*American Economic Review* indique que le commerce interprovincial au Canada était plus élevé que celui d'États de taille et de localisation comparables aux États-Unis¹⁸. Il est indéniable que le Canada a déjà atteint un niveau élevé d'harmonisation et d'interdépendance en matière de commerce, de politique budgétaire et de systèmes juridiques. Mais selon plusieurs observateurs de la situation du commerce intérieur au Canada, il faut déployer des efforts supplémentaires pour resserrer l'union économique canadienne et renforcer l'engagement des gouvernements à l'égard du libre-échange. Dans sa forme actuelle, l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) est le moyen évident pour poursuivre la libéralisation du commerce; toutefois, les opinions divergent quant à la façon d'y parvenir. Les propositions vont d'une plus grande utilisation par le gouvernement fédéral de son pouvoir constitutionnel au maintien de l'Accord dans sa forme actuelle, en le laissant suivre un cheminement semblable à celui de la législation internationale, qui évolue sous l'influence des jugements rendus. La plupart des solutions proposées se situent entre accorder la priorité à l'exécution/judiciarisation et insister sur l'accessibilité, l'opportunité et la conformité à l'expérience internationale.

¹⁸ Chambre de commerce du Canada, « The Internal Trade Agreement and Interprovincial Trade Flows: Building a Strong United Canada », septembre 1996, p. 3.

Le cheminement vers l'ACI

Tout d'abord, l'ACI découle en partie de l'impasse constitutionnelle au Canada. L'ACI a vu le jour dans le contexte de la difficulté persistante à renforcer l'union économique canadienne en utilisant les articles 91 (a) et 121 de la constitution. La constitution canadienne, tout comme celle de l'Australie, renferme des dispositions permettant de réglementer le commerce interprovincial. L'article 121 stipule que « tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces ». Mais l'article ne mentionne pas les questions de commerce intérieur liées aux barrières non tarifaires, aux capitaux, aux services ou à la main-d'œuvre, des domaines qui ont fait l'objet de nombreuses restrictions visant à entraver les flux commerciaux entre les provinces. Pour corriger cette situation, l'ACI a visé à englober dans ses dispositions un éventail de questions beaucoup plus vaste.

En conséquence, l'ACI est devenu à juste titre la cible des promoteurs du libre-échange sur le marché intérieur canadien. Toutefois, il subsiste une certaine confusion quant aux raisons et aux circonstances qui ont mené à l'adoption de l'Accord sur le commerce intérieur. Selon l'optique qu'ils adoptent, les observateurs surestiment le rôle de l'ACI et se disent déçus de son libellé trop vague et des nombreuses échappatoires qu'il contient, tandis que d'autres préfèrent attendre pour voir si l'Accord pourra forcer les gouvernements à agir. Ainsi, selon Robert Howse, il convient de rappeler que l'AIT n'a pas vu le jour dans un contexte d'anarchie entre les gouvernements, comme c'est le cas des traités internationaux sur le commerce, mais à l'intérieur d'une nation dotée d'une constitution qui peut être interprétée comme prévoyant déjà ou nécessitant une union économique interne¹⁹. Son observation est en partie valable, mais elle semble ignorer l'évolution du fédéralisme canadien. En fait, ce cheminement a été marqué davantage par l'indépendance que par la coordination des sphères d'influence. Contrairement à Howse, nous percevons l'ACI comme issu d'un contexte qui se rapproche davantage de celui dans lequel se déroulent les négociations internationales.

Donc, rappelons-nous que les négociations relatives à l'Accord sur le commerce intérieur se sont amorcées en mars 1993, après ce qu'on pourrait qualifier de tourbillon constitutionnel. Contrairement aux efforts déployés dans le passé, les négociations qui ont mené à la signature de l'ACI portaient sur l'ensemble des barrières commerciales existant entre les

¹⁹ Robert Howse, « Securing the Canadian Economic Union: Legal and Constitutional Options for the Federal Government », *The Canadian Union Papers*, Institut C. D. Howe, n° 81, juin 1996, p. 7.

provinces, avec une seule clause conditionnelle : aucune des parties à l'Accord ne s'engagerait à accepter l'imposition de limites à son pouvoir législatif. En délaissant l'approche sectorielle, les pourparlers ont procédé de façon très similaire aux négociations menant à un accord international, avec une attention démesurée accordée à l'autonomie provinciale par opposition à la coordination. À notre avis, le contexte de l'Accord se rapprochait donc davantage de négociations à l'échelon international qu'à l'échelon national. Par conséquent, l'engagement envers une libéralisation des échanges ne fut conclu qu'en principe. Cette démarche a permis de convaincre les 10 provinces de signer le premier accord global sur les barrières commerciales intérieures, mais les critiques lui ont néanmoins reproché d'être une entente de coulisses.

Modalités et procédures de règlement des différends en vertu de l'ACI

La question du règlement des différends dans le contexte de l'ACI est abordée dans le chapitre 17 de l'Accord. Les modalités de règlement s'inspirent largement de celles du GATT/OMC et de l'ALENA. Ainsi, elles ne peuvent être invoquées qu'une fois que les parties ont épuisé le recours aux mécanismes de prévention et de règlement des conflits prévus dans les chapitres pertinents de l'Accord. Si ces efforts échouent, les parties peuvent faire appel au processus général de règlement des différends du chapitre en commençant par la conciliation et la médiation; si ces étapes ne débouchent pas sur une entente, un groupe spécial peut être mis sur pied. D'après les dispositions en vigueur, une partie gouvernementale à l'Accord peut demander la création d'un groupe spécial de son propre chef ou à la demande d'une entité privée. Par ailleurs, une entité du secteur privé peut demander la création d'un groupe spécial si son gouvernement refuse d'agir en son nom. Un gouvernement peut demander la constitution d'un groupe spécial au nom d'une entité privée s'il peut établir l'existence de liens importants et directs avec celle-ci. Selon la définition de liens importants contenue dans l'article 1704(7), une entité privée doit avoir subi un préjudice économique ou se voir refuser le droit de faire des profits, et elle doit être implantée ou faire des affaires dans la province où les répercussions du préjudice économique ou de la perte de profit se font sentir. Le gouvernement fédéral ne peut intervenir au nom d'une entité privée que si cette entité subit un traitement qui contrevient à l'Accord parce qu'elle est constituée et réglementée à l'échelle fédérale.

Si un gouvernement refuse d'agir au nom d'une entité privée, celle-ci a la possibilité d'intervenir d'elle-même. Mais l'accès au mécanisme est loin d'être assuré si ce mode d'intervention est retenu. Premièrement, l'entité privée doit soumettre la plainte à un examinateur qui détermine si elle est

fondée, si elle a été logée dans le seul but de faire du harcèlement et s'il s'agit d'un cas véritable de préjudice ou d'entrave au profit.

Une fois la décision ou la demande de formation d'un groupe spécial acceptée, les parties choisissent les membres du groupe spécial parmi une liste préalablement établie de 65 candidats. Chaque province a la possibilité d'inscrire cinq personnes sur la liste; lorsqu'un différend surgit, elle ne peut choisir de membres parmi ses propres candidats. Au moment de la création d'un groupe spécial, les deux parties au conflit peuvent choisir, chacune, deux personnes figurant sur la liste; ces quatre membres s'entendent ensuite sur le choix d'une cinquième personne figurant aussi sur la liste, laquelle agira à titre de président. Après la formation d'un groupe spécial, les règles de procédure qui guident tous les aspects des travaux du groupe sont établies par le Comité du commerce intérieur. Les principes fondamentaux à respecter au moment d'établir le mode de fonctionnement des groupes spéciaux comprennent les suivants : la transparence doit être maintenue au niveau de l'ensemble des documents en les traitant comme un dossier public; le caractère anonyme des opinions majoritaires et minoritaires des membres des groupes spéciaux doit être maintenu; le caractère confidentiel des mémoires des parties doit être préservé; les tierces parties qui participent au processus pour des motifs connexes importants ont le droit d'assister à toutes les audiences et de recevoir des copies des mémoires; les groupes spéciaux peuvent faire appel aux services de spécialistes; enfin, les travaux des groupes spéciaux doivent se dérouler en maintenant un caractère aussi informel et expéditif que les circonstances et les considérations d'équité le permettent. Les principes retenus visent manifestement à rendre le processus de résolution des conflits expéditif, équitable et transparent; néanmoins, le dernier principe mentionné — celui du caractère informel des mémoires — peut devenir une source d'ennuis, comme ce fut le cas dans le contexte de l'OMC.

Le groupe spécial prend ensuite connaissance du différend en gardant à l'esprit que son rapport final doit contenir des constatations de faits, des décisions quant à la cohérence de la mesure contestée avec les dispositions de l'Accord, ainsi que des jugements visant à établir si la mesure a entravé le commerce ou causé des préjudices. Contrairement à ce qui se produit dans le cas des groupes spéciaux de l'ALENA, les experts d'un groupe créé aux termes de l'ACI peuvent aussi présenter des recommandations aux parties dans le but de résoudre le différend si l'une des parties au conflit lui a présenté une demande en ce sens. Une fois de plus, cette modalité pourrait être une source de préoccupation, compte tenu des critiques récemment formulées à l'endroit des groupes spéciaux de l'ALE. Dans les 60 jours suivant le dépôt du rapport du groupe d'experts, les parties doivent se conformer à ses conclusions, soit en acceptant ses recommanda-

tions soit en concluant une entente mutuellement acceptable. Si l'une des parties refuse de se conformer aux décisions du rapport, les dispositions du chapitre 17 prévoient deux recours possibles.

Premièrement, le secrétariat publiera le rapport si aucune entente n'intervient dans le délai de 60 jours; cette période peut être prolongée jusqu'à un maximum de 120 jours, pourvu que les deux parties en conviennent. De plus, tout conflit non résolu sera inscrit à l'ordre du jour de la rencontre annuelle du Comité du commerce intérieur pour y être analysé. Cette procédure vise essentiellement à assujettir à un examen public la partie qui refuse de se conformer à un rapport; elle s'inspire du principe bien connu de la persuasion morale utilisé en droit international. Le deuxième recours possible est d'appliquer des mesures de rétorsion lorsqu'une année s'est écoulée après le dépôt du rapport du groupe spécial. Après le dépôt, par l'une des parties, d'une demande écrite au Secrétariat du commerce intérieur, le Comité du commerce intérieur se réunira pour examiner les choix qui s'offrent sur le plan des mesures de rétorsion. La partie plaignante a ensuite le droit de retrancher temporairement des avantages d'une incidence équivalente ou, si cette option n'est pas disponible, elle peut imposer des mesures de rétorsion ayant une incidence équivalente. Par mesure de précaution, certaines restrictions s'appliquent à ce genre d'intervention. Ainsi, les mesures de rétorsion doivent être imposées au sein de l'industrie visée par les recommandations du groupe spécial. De plus, toute mesure de rétorsion doit respecter à la constitution.

Avant de passer à une analyse des opinions exprimées sur l'efficacité du processus de règlement des différends, nous devons souligner certaines différences entre le processus décrit ci-dessus et une démarche entreprise par une entité privée. Si une entité privée réussit à mettre en marche un processus d'examen par un groupe spécial, le chapitre ne contient aucune disposition concernant la participation de tierces parties; et si, après le dépôt du rapport, ses recommandations ne sont pas respectées, aucune mesure de rétorsion ou de compensation ne peut être appliquée. Mises à part ces différences, le processus se déroule comme dans tous les autres cas de non-respect des conclusions d'un rapport de groupe spécial.

Critiques des modalités de règlement des différends en vertu de l'ACI

L'Accord sur le commerce intérieur est tout simplement une entente fondée sur le principe de la libéralisation des échanges. Conformément au principe de la souveraineté parlementaire, il n'a aucun effet juridique direct sur les législatures à l'échelon fédéral ou provincial. Pour cette seule raison, plusieurs critiques ont décrit l'ACI comme une entente vouée à disparaître avant même d'avoir subi l'épreuve du temps. L'énoncé des objectifs donne

l'impression que les signataires manquaient de conviction, puisqu'on peut y lire que les parties doivent :

réduire et éliminer, *dans la mesure du possible*, les obstacles à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux à l'intérieur du Canada, et établir un marché intérieur ouvert, efficient et stable. Toutes les parties reconnaissent et conviennent que l'augmentation des échanges et l'amélioration de la mobilité à l'intérieur du Canada contribueraient à l'atteinte de cet objectif (italique ajouté).

Selon Trebilcock et Behboodi, l'expression « dans la mesure du possible » soulève de sérieuses interrogations. Ils la décrivent comme une démarche timide qui ne possède aucunement la « vigueur » des protocoles d'entente internationaux. Contrairement à l'engagement non équivoque du Traité de Rome « d'établir [...] un marché commun et d'harmoniser les politiques économiques des États membres », l'objectif de l'ACI d'éliminer les obstacles dans la mesure du possible semble plutôt vague et peu compromettant²⁰.

L'ACI renferme un énoncé de principes passablement clair : éviter d'ériger de nouveaux obstacles aux échanges; faciliter les mouvements transfrontières des personnes, des biens, des services et des capitaux au Canada; traiter de la même manière les personnes, les biens, les services et les capitaux sans égard à leur lieu d'origine au Canada; et tenter d'harmoniser les normes et la réglementation afin d'assurer la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. Néanmoins, l'application de ces principes demeure incertaine en raison du faible engagement initial à l'égard de l'ACI lui-même. De plus, la définition d'« objectifs légitimes » qui figure dans l'Accord a pour effet d'affaiblir le fondement de ces principes et de soulever des doutes quant à la portée de l'engagement à les respecter. La section de l'Accord renfermant les définitions générales précise que la référence aux objectifs légitimes a essentiellement pour effet de sauvegarder les droits des gouvernements de légiférer pour assurer le bien-être de leurs citoyens comme ils le jugent opportun. Ces objectifs peuvent comprendre :

- la sécurité et la protection du public;
- l'ordre public;
- la protection de la vie ou de la santé des humains, des animaux ou des végétaux;
- la protection de l'environnement;
- la protection des consommateurs;

²⁰ Michael J. Trebilcock et Daniel Schwanene, *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, ouvrage collectif, Institut C. D. Howe, Policy Study, n° 26, 1995, p. 40.

- la protection de la santé, de la sécurité et du bien-être des travailleurs;
- les programmes d'action positive pour les groupes défavorisés.

La définition des objectifs légitimes, conjuguée au fait que l'Accord n'a aucun fondement en droit canadien, a incité certains critiques à dire que peu d'initiatives gouvernementales, voire aucune, pourraient être bloquées en vertu de l'Accord. Donald Lenihan a souligné que, même si certaines exceptions dans le contexte des objectifs légitimes (par exemple, l'ordre public) ne soulèvent pas de controverse, d'autres (notamment, la protection du bien-être des travailleurs) peuvent donner lieu à des justifications péremptoires. Lenihan s'est exprimé en ces termes :

Chaque province possède ses propres caractéristiques économiques, démographiques et géographiques, dont la prise en considération exerce une incidence sur la réglementation gouvernementale — d'où la notion d'objectifs légitimes. Mais, dans ce cadre, les objectifs du fédéralisme sont traités comme un sous-produit qui peut être réconcilié avec l'objectif de l'intégration économique par l'intermédiaire d'une liste brève et ordonnée d'« objectifs légitimes ». Ce raisonnement est tout à fait illusoire et il néglige de rendre justice aux modes d'interaction complexes qui existent entre les objectifs du fédéralisme et les intérêts économiques ²¹.

Lenihan indique qu'il faut être en mesure de se référer aux intentions d'un intervenant lorsqu'on considère la question des obstacles déguisés par rapport aux objectifs légitimes; toutefois, il ne présente aucune proposition précise à cet effet. La section sur les objectifs légitimes pourrait être rendue plus acceptable si l'on adoptait les pratiques juridiques en vigueur aux États-Unis et en Australie; dans ce cas, les allégations des provinces en matière d'objectifs légitimes seraient soumises à un examen judiciaire fondé sur d'autres critères d'évaluation raisonnables et non discriminatoires, ou à une évaluation par un comité indépendant établi avec l'accord des provinces.

Parmi les propositions les plus radicales visant à améliorer le fonctionnement de l'ACI figure celle de la judiciarisation de ses articles afin de les rendre exécutoires par les législatures. Plusieurs partisans de cette formule soutiennent que la menace d'un examen judiciaire et de l'application des principes de l'ACI pourrait inciter davantage les gouvernements à se conformer aux rapports des groupes spéciaux. Mais la judiciarisation n'est pas un objectif facile à atteindre. Tant Robert Howse que Katherine Swinton reconnaissent que l'ACI a besoin d'être ravivé, mais ils ne s'entendent pas sur les perspectives offertes par la judiciarisation du processus. Howse soutient que la judiciarisation de l'ACI doit passer par l'applicabilité directe

²¹ *Ibidem*, p. 116.

au cadre juridique existant du Canada. Il considère deux avenues pour y arriver : une intégration positive, semblable à la pratique en usage dans l'UE d'une loi habilitante pour les directives de la Communauté, ou une intégration négative, en empruntant la voie du litige constitutionnel. Des deux, il semble préférer la seconde à la première.

Howse met en relief deux obstacles fondamentaux liés à la première approche. Premièrement, à l'instar de plusieurs autres observateurs, Howse prédit que la possibilité d'une modification de la constitution pour y inclure une référence à l'ACI a peu de chances de réussir. Le processus d'amendement constitutionnel est une approche difficile, et les provinces et le gouvernement fédéral manifestent peu d'enthousiasme à s'engager dans un long débat de cette nature. Deuxièmement, si le processus de judiciarisation prenait la forme d'une loi pouvant remplacer tous les règlements et lois contradictoires, rien dans le processus législatif du Canada n'empêcherait des gouvernements futurs d'abroger cette loi à une date ultérieure. Dans les faits, la tradition bien établie de la souveraineté parlementaire empêche la législature de lier des gouvernements futurs. Enfin, comme Howse l'admet, peu d'indices dans les diverses législations provinciales sur la mise en application de l'ACI permettent de croire à l'existence d'un lien entre l'Accord, les tribunaux et les lois existantes. Par conséquent, Howse perçoit l'approche du litige constitutionnel comme une voie plus prometteuse.

Dans son analyse de l'intégration négative par l'intermédiaire du litige constitutionnel, Howse soulève l'importante question de savoir si une telle approche devrait se substituer ou s'ajouter à l'ACI. Il présente plusieurs pistes de litige qui permettraient de renforcer l'efficacité de l'union économique canadienne et il conclut que l'ACI pourrait jouer un rôle important en contribuant à raffiner et à restreindre l'interprétation des dispositions constitutionnelles par les tribunaux. La première voie de litige se rattache aux droits de mobilité contenus dans l'article 6(2)b de la Charte des droits et libertés, qui stipule que tout Canadien a le droit de s'établir et de gagner sa vie dans l'une ou l'autre des provinces. L'article 6 a déjà été utilisé dans plusieurs causes pour s'attaquer à des pratiques commerciales restrictives à l'échelle fédérale et provinciale. Une cause, *Canadian Egg Marketing Agency c. Richardson*, est particulièrement pertinente ici en raison de notre intérêt pour l'expérience australienne. Dans cette cause, portant sur la commercialisation des oeufs, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a jugé que le programme fédéral de commercialisation interprovinciale des oeufs violait l'article 6 puisque, en interdisant aux producteurs d'oeufs des Territoires de vendre leurs produits ailleurs au Canada, il empêchait le demandeur d'avoir un gagne-pain dans une autre province²². Il semblerait

²² Robert Howse, « Securing the Canadian Economic Union », p. 8.

donc que les tribunaux soient disposés à donner à l'article 6 une interprétation selon laquelle le fait d'avoir un gagne-pain dans une province ne comporte pas l'obligation d'y résider. Dans cette optique, les principes énoncés dans l'ACI pourraient servir de norme raisonnable d'examen à la lumière du contentieux soulevé par l'article 6.

Mis à part le fait d'atteindre une certaine rigueur juridique, la proposition de Howse aurait pour effet d'élargir considérablement l'accès des entités privées au processus de règlement des différends. Un accès élargi pour les conflits entre des particuliers et le gouvernement permettrait d'atteindre deux résultats : premièrement, il contribuerait à exposer le système à un nombre plus élevé de causes et à attirer davantage l'attention des médias sur des conflits opposant des adversaires de taille inégale; et, deuxièmement, il nécessiterait la transparence la plus entière, de sorte que les gens seraient en mesure de comprendre et d'évaluer correctement les résultats du processus d'examen des conflits par des groupes spéciaux. Howse recommande aussi de rédiger une charte des droits économiques des citoyens et d'expliquer les dispositions de l'ACI en termes de droits garantis par la charte. Ces deux innovations pourraient contribuer à hausser considérablement l'intérêt pour la question de la libéralisation des échanges au Canada et à renforcer l'engagement à l'égard de ce processus.

Des mises en garde s'imposent toutefois. Comme Katherine Swinton l'a souligné, il existe d'excellentes raisons qui incitent les gouvernements à maintenir l'ACI hors de l'enceinte des tribunaux. Comme notre examen de la situation australienne le laisse entendre, les magistrats ne sont peut-être pas les mieux placés pour assurer la surveillance des nombreuses obligations que comporte l'ACI. De plus, Swinton explique que les gouvernements sont à juste titre réticents à confier aux tribunaux l'interprétation d'aspects complexes des politiques publiques. Dans les faits, cette fonction d'interprétation et d'application serait contraire aux rapports qui existent entre le Parlement du Canada et les tribunaux. Il s'agit précisément du problème auquel les autorités australiennes sont confrontées, notamment lorsque les juges émettent des opinions sur les programmes nationaux. Selon un autre argument invoqué par Swinton, l'Accord a une portée beaucoup plus vaste précisément à cause du caractère politique non exécutoire de son application. Ce genre de perspectives comporte plusieurs aspects intéressants. Swinton rappelle aux critiques de l'ACI que le droit public international renferme très peu de « lois » ayant force exécutoire et elle affirme que cette situation n'entraîne pas nécessairement un manque d'efficacité. Dans les faits, l'autodiscipline repose le plus souvent sur le

caractère légitime de règles élaborées en respectant les principes généralement acceptés d'un processus équitable²³.

Dans l'ensemble, les résultats de notre étude ont tendance à appuyer le point de vue de Swinton. Qui plus est, sa reconnaissance des difficultés que soulève la judiciarisation d'un accord de ce genre est conforme à l'expérience de l'Australie dans le contexte de l'article 92 sur le libre-échange. Mais, cela ne veut pas dire que l'ACI peut être laissé comme il est dans l'espoir qu'une évolution se produira sans qu'il soit nécessaire d'y apporter des corrections. Un bon point de départ consisterait à intégrer les conditions et les modalités de l'Accord sous un seul mécanisme de règlement des différends. De plus, ce ne serait certainement pas une mauvaise chose que d'avoir un mécanisme formel régissant le droit d'en appeler des décisions des groupes spéciaux, lequel pourrait s'inspirer du modèle qui a servi à créer l'instance d'appel de l'OMC. Ces réformes seraient sans doute conformes aux propositions de Howse et d'autres observateurs visant à rendre l'ACI plus accessible à tous les Canadiens.

²³ Katherine Swinton, dans *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, ouvrage publié sous la direction de Michael Trebilcock et Daniel Schwanene, p. 104.

3. COMPARAISON ET ÉVALUATION

Comparaison des mécanismes de règlement des différends

Notre étude des mécanismes de règlement des conflits a mis en relief le chevauchement des législations nationales et internationales attribuable à la portée et à l'expansion de plus en plus rapide de leur couverture. Cette situation a engendré des pressions sur les dirigeants des pays pour qu'ils adhèrent à des accords internationaux, dans l'espoir d'obtenir un pouvoir de négociation plus grand que les autres signataires; mais cette tendance a aussi suscité des tendances nationalistes, notamment aux États-Unis, allant à l'encontre des initiatives internationales parce qu'elles comportaient une assujettissement indu à des pouvoirs étrangers. Le but visé par tous ces mécanismes est d'empêcher le retour à l'unilatéralisme et d'atténuer l'incitation à gérer plutôt qu'à libéraliser les échanges. Comme nous l'avons vu dans le cadre de notre analyse des mécanismes de règlement des différends, le défi à relever consiste à concevoir et à adapter un mécanisme de règlement des différends de façon à établir un équilibre entre une mise en application crédible et une résolution informelle des conflits. Tous les mécanismes internationaux de règlement des différends (sauf celui de l'UE) ont fait appel à des systèmes fondés sur la création de groupes spéciaux, une formule qui fut d'abord utilisée dans le cadre du GATT. Nous allons d'abord récapituler brièvement l'évolution du point d'équilibre dans nos cinq cas pour faire ressortir certaines similitudes et différences dans la démarche suivie. Invariablement, notre analyse montre que chaque mécanisme n'a pas évolué dans un vacuum ou à partir de principes premiers. Dans une large mesure, les concepteurs ont emprunté ici et là des notions en s'inspirant des mécanismes de règlement des différends existants à l'échelle régionale, nationale et internationale.

Des cinq exemples étudiés, l'Union européenne possède le mécanisme le plus avancé en ce sens qu'il est accessible directement aux entités tant privées que gouvernementales par l'intermédiaire des tribunaux nationaux et de la Cour européenne de justice. De plus, il tient compte de l'effet direct de la législation secondaire et il permet aux directives de la Commission de se substituer à la législation nationale à la faveur de l'établissement de l'union économique. En effet, l'UE a fait des progrès continus en vue d'étendre la portée de l'union économique par des modifications au traité de Rome, l'adoption de directives par la Commission et les précédents en matière d'observation de la loi découlant des décisions de la Cour de justice. Le mécanisme de l'UE repose en grande partie sur un ensemble de règles et sa mise en application est assurée en bout de ligne par les tribunaux; toutefois, les moyens d'assurer le respect des directives et des jugements de la Cour demeurent une source importante de préoccu-

pations et représenteront l'une des facettes de l'évolution future du mécanisme de l'UE.

L'OMC doit relever un défi plus redoutable, sur le plan de la coordination, que celui qui se pose à l'Union européenne ou que soulève l'ALENA ou l'ACI au Canada; néanmoins, il a pu commencer à envisager la possibilité d'établir un tribunal international du commerce — un organisme qui pourrait légitimement régler des différends et établir un ensemble de règles de procédure. La structure de l'OMC est révélatrice parce qu'elle se prête véritablement à la mise en place de systèmes fondés sur des règles, même à l'échelle la plus complexe des relations commerciales. Donc, dans le contexte d'accords comme l'ALENA et l'ACI au Canada (qui comportent un nombre plus restreint de signataires disposant de systèmes judiciaires plus harmonisés), on peut supposer qu'il sera plus facile de s'engager sur la voie de l'adoption de modalités plus structurées. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le changement le plus important apporté au processus des groupes spéciaux dans le cadre de l'OMC a été la création de l'instance d'appel, une formule qui s'éloigne de l'approche ponctuelle utilisée traditionnellement par le GATT en matière d'audition des différends. L'OMC a décidé de nommer des membres à l'instance d'appel pour des mandats de quatre ans (avec possibilité d'un seul renouvellement de mandat). De plus, l'OMC a déployé des efforts particuliers pour instaurer un sentiment de collégialité entre les membres des groupes spéciaux; cette attitude contribuera à harmoniser et à clarifier l'utilisation des décisions des groupes spéciaux et des interprétations juridiques antérieures pour que l'évolution suive la tendance internationale.

Au bout du compte, l'épreuve ultime pour le nouvel organe de règlement des différends de l'OMC sera de faire du mécanisme formel de règlement des différends et des décisions des groupes spéciaux une menace crédible pour les nations qui ont tendance à recourir à des mesures unilatérales. Un processus formel de résolution des différends à la fois rigoureux, transparent et exécutoire pourrait se révéler le meilleur incitatif pour persuader les parties de régler leurs conflits par voie de consultation et de médiation. Il nous semble qu'un tel processus est absent de l'ACI canadien et nous reviendrons plus loin sur cette lacune dans le contexte de l'examen des conséquences de nos conclusions pour l'ACI. Qu'il suffise de dire que l'OMC joue un rôle de chef de file en vue d'établir une tendance en droit commercial international et en droit international général vers l'instauration d'un système de règles moins tolérant à l'égard des aberrations et des conflits au niveau des lois nationales. Des questions comme celles de l'effet direct et de l'accès direct, conjuguées à une insatisfaction persistante quant au niveau de transparence, sont autant de signes précurseurs d'une évolution continue de l'OMC dans l'avenir immédiat.

L'examen des modalités de règlement des différends de l'ALE/ALENA montre qu'un accord comportant un nombre plus restreint de signataires peut mener à l'établissement d'un processus plus flexible. Toutefois, même si un nombre plus limité de partenaires permet de mener les discussions plus rapidement à terme, la question des distorsions éventuelles dans le système se pose. Un phénomène particulièrement révélateur à cet égard est le déclin relatif de l'utilisation des groupes spéciaux en vertu du chapitre 18 de l'ALE en faveur d'un examen par un groupe créé en vertu du chapitre 19. Les mesures prises pour faire face au problème n'ont pas encore prouvé leur efficacité. Par exemple, la sélection croisée des membres des groupes spéciaux élimine la possibilité de distorsions uniquement à l'étape initiale du processus. Les accusations de distorsion qui ont fait surface lors du différend sur le bois d'oeuvre étaient directement rattachées aux conclusions du groupe spécial. Comme on peut s'y attendre, la plupart des allégations de distorsion émanent de la partie perdante, ne serait-ce que pour protester contre une décision défavorable dans un différend politiquement délicat. Par conséquent, même si, dans l'ALENA, on a cherché à aplanir certains obstacles, il semble que l'évolution devra se poursuivre sur la voie tracée par l'OMC en vue de mettre en place un mécanisme d'appel. Cette évolution devient particulièrement nécessaire avec l'adhésion du Mexique à l'ALENA et l'accession éventuelle du Chili. En ce qui concerne les groupes spéciaux créés en vertu du chapitre 19, l'accession des pays d'Amérique latine à l'Accord a aussi stimulé les engagements en vue de l'instauration d'un véritable système de règles. Un exemple est la modification apportée à la procédure de sélection des listes de membres éventuels des groupes spéciaux, selon laquelle ces listes devront être constituées, dans la mesure du possible, de juges en fonction ou à la retraite. Ce changement indique que les parties originales à l'Accord sont disposées à prendre le risque de donner un caractère formel au processus plutôt que de s'exposer aux caprices des organes politiques sud-américains.

Le contentieux constitutionnel australien est particulièrement utile pour évaluer la faisabilité d'engager l'ACI dans la même voie. Toutefois, la première mise en garde à prendre en considération est le façon dont la répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces a évolué en Australie et au Canada. En Australie à l'heure actuelle, il n'existe par de ligne de démarcation identifiable entre les pouvoirs du Commonwealth et ceux des États. Le Commonwealth pourrait envahir n'importe quel champ d'activité gouvernementale. En fait, il a déjà envahi plusieurs domaines d'activité, avec un dédoublement onéreux des bureaucraties. Cette situation contraste radicalement avec la division des pouvoirs que l'on retrouve au Canada et l'interprétation de l'autonomie provinciale qui se rattache depuis longtemps à l'article 92 de la constitution. Il n'est donc pas étonnant que le gouvernement australien s'intéresse à l'ACI du Canada dans

ses efforts de libéralisation du commerce intérieur. De plus, comme Howse l'a souligné, depuis l'adoption de la Charte des droits et libertés, la Cour suprême du Canada a accepté avec plus d'assurance de jouer un rôle plus interventionniste en matière de politique sociale, y compris une interprétation plus rigoureuse de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement et les pouvoirs de désaveu du gouvernement fédéral. Mais ces interprétations ne nous semblent pas nécessairement compatibles avec le climat politique au Canada; il est plus que probable qu'elles auraient pour effet d'affaiblir l'appui accordé à l'ACI.

Comme nous l'avons vu, l'ACI s'appuie sur une philosophie de règlement des différends davantage axée sur l'étendue et la portée que sur des engagements précis en matière d'exécution. Dans les faits, les objectifs et les engagements se distinguent de ceux que l'on trouve dans les ententes internationales les plus récentes; toutefois, le processus de règlement des différends est davantage le reflet d'une combinaison de l'« ancien » GATT et de l'ALE. Évidemment, ces deux ententes ont été mises à jour et modifiées et cette simple observation fait ressortir clairement un tel besoin au niveau de l'ACI. Certains aspects du mécanisme contribuent à rendre l'ACI plus complexe et plus lourd (par exemple, l'accès limité pour les entités privées, l'absence de droit d'appel et des mesures d'exécution incertaines, pour ne pas mentionner la multitude de modalités qui s'appliquent à différentes industries).

Efficacité des divers mécanismes

L'efficacité d'un mécanisme de règlement des différends pour les parties à un accord commercial est fonction de l'étendue de son application au règlement des conflits, de sa fréquence d'utilisation par les parties à l'accord, de la crédibilité de ses décisions et jugements, de son bilan quant à l'exécution des décisions rendues et de la mesure dans laquelle il peut être amélioré et renforcé par des modifications, au fil de son évolution. Dans cette partie de l'étude, nous allons comparer et évaluer comment les mécanismes étudiés réussissent à tenir compte de ces enjeux et à améliorer leur efficacité.

Portée

Les mécanismes internationaux examinés dans notre étude ont maintenant une vaste portée qui englobe les différends relatifs à des échanges de biens et de services, mais ce ne fut pas toujours le cas. En particulier, le mécanisme du GATT/OMC ne s'appliquait pas aux services avant les négociations de l'Uruguay Round et la création d'un nouveau mécanisme.

Même le mécanisme de l'UE, qui est le plus complet, servait surtout au départ à régler des différends relatifs aux échanges de biens; au fil des années, il a évolué pour s'appliquer à tous les types de conflits portant sur le commerce des biens et des services, y compris ceux liés à la réglementation, à la politique de concurrence et à l'aide gouvernementale à l'industrie. Depuis sa création, le mécanisme de l'ALENA a été appliqué aux échanges de biens et de services; toutefois, l'expérience montre qu'il a surtout servi à régler des différends portant sur des échanges de produits et il n'a pas vraiment été mis à l'épreuve pour régler des conflits dans le secteur des services. En conséquence, bien que les mécanismes internationaux aient maintenant une portée relativement étendue, leur efficacité à résoudre des différends impliquant des services demeure encore imprécise et il continuera d'en être ainsi jusqu'à ce que l'on ait l'occasion de les utiliser dans les faits. Le mécanisme de l'UE a déjà clairement tracé la voie à cet égard; il est maintenant utilisé régulièrement pour régler des différends entre les pays membres sur des questions comme celles des services, la mobilité des travailleurs, la politique de concurrence et de réglementation, et les subventions gouvernementales.

Au Canada et en Australie, les mécanismes de règlement des différends ont une portée suffisamment vaste pour s'appliquer aux conflits portant sur les échanges de biens et de services, mais, ici encore, la tendance observée et le potentiel offert par ces mécanismes indiquent que leur fréquence d'utilisation est beaucoup plus grande pour des conflits portant sur des produits. En Australie, la majorité des causes entendues par la Haute Cour ont trait à des échanges de biens, y compris (comme nous l'avons examiné dans cette étude) des conflits liés à l'incidence de la réglementation sur la libre circulation des biens. Par conséquent, le mécanisme australien a été mis à contribution dans plusieurs domaines, comme la réglementation et les monopoles publics, où les gouvernements peuvent intervenir pour restreindre le commerce inter-États. L'expérience acquise au Canada avec le mécanisme de l'ACI est encore très limitée et il est difficile d'évaluer son application au règlement de différents types de conflits commerciaux intérieurs. En théorie, la portée du mécanisme de l'ACI est très étendue, mais certains volets de l'Accord ne sont peut-être pas suffisamment développés pour servir de critère et de fondement au règlement de certains types de différends, tels ceux engendrés par des restrictions commerciales résultant de l'application d'une réglementation non harmonisée. Dans une large mesure, l'ACI demeure une initiative en cours d'élaboration et le fonctionnement du mécanisme de règlement des différends se trouvera renforcé à mesure que des segments de l'ACI seront élargis au fil des négociations et des ententes ultérieures.

Une bonne partie de la crédibilité et de l'efficacité d'un mécanisme de règlement des différends est fonction de la mesure dans laquelle il peut être employé pour régler un vaste éventail de conflits commerciaux impliquant tant des biens que des services, ainsi que plusieurs types d'obstacles commerciaux. Si le mécanisme ne s'applique qu'à un éventail limité de conflits, notamment ceux associés aux échanges de produits, il ne sera efficace que dans un segment limité de l'activité économique, de sorte que des obstacles aux échanges persisteront dans d'importants secteurs économiques. Manifestement, le caractère général du mécanisme de l'UE, qui englobe tous les secteurs et tous les types d'obstacles, a été un facteur important pour atteindre un niveau élevé de libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes à l'intérieur de l'Union. Cependant, même dans le cas de l'UE, le mécanisme de règlement des différends est encore utilisé activement dans une large gamme d'activités pour assurer et étendre le principe de la libre circulation. Les mécanismes de l'OMC et de l'ALENA ont une vaste portée, mais l'on s'interroge encore sur leur efficacité globale : les plaignants ont des doutes sur l'aptitude véritable des mécanismes à régler des différends portant sur des échanges de services ainsi que sur un large éventail d'autres questions. Au Canada et en Australie, les mécanismes intérieurs souffrent aussi de sous-utilisation, en regard de leur portée. En réalité, l'efficacité d'un mécanisme de règlement des différends est fonction non seulement de sa portée mais aussi de l'utilisation qu'on en fait pour solutionner des différends dans toute une gamme de secteurs d'activité économique.

Fréquence d'utilisation

Une autre mesure de l'efficacité d'un mécanisme de règlement des différends est sa fréquence d'utilisation pour régler des conflits entre des parties à un accord commercial. Si un mécanisme est trop onéreux ou qu'il prend trop de temps à donner des résultats, il sera utilisé moins souvent – dans les seuls cas qui justifient le coût et le temps nécessaires et par les seules parties qui en ont les moyens. En conséquence, pour être efficace, un mécanisme doit être relativement peu onéreux et doit permettre de rendre rapidement des jugements et des décisions sur les conflits. Le niveau d'accès que les diverses entités ont au mécanisme est aussi un élément déterminant de son utilisation et de son efficacité. Si seuls les gouvernements y ont accès, comme c'est le cas de l'OMC et des dispositions du chapitre 20 de l'ALENA, l'efficacité du mécanisme s'en trouve réduite. Dans le cas du mécanisme de l'UE, qui affiche la fréquence d'utilisation la plus élevée, les poursuites intentées par des sociétés et des particuliers représentent une fraction importante de l'ensemble des causes entendues, notamment par les tribunaux nationaux des États membres. Un autre

exemple d'accès élargi au mécanisme de règlement de différends nous est fourni par les dispositions du chapitre 19 de l'ALENA, qui permet aux entreprises de porter en appel des décisions relatives à des mesures antidumping et compensatoires rendues en vertu de procédures nationales de recours commercial. Ce volet du mécanisme de l'ALENA est le plus souvent employé et le plus efficace pour résoudre des différends en vertu de l'Accord.

Sur le plan des coûts, plus un mécanisme est structuré et légaliste, plus il sera onéreux, en règle générale, de l'utiliser pour résoudre des différends. En raison du processus judiciaire et des modalités en cause, les mécanismes fondés sur le recours aux tribunaux de l'UE et de l'Australie ont tendance à imposer un fardeau plus lourd que les systèmes plus informels de l'OMC et de l'ALENA, fondés sur le recours à des groupes spéciaux. Sur le plan des délais, il n'est pas évident que les mécanismes axés sur le recours aux tribunaux ou sur l'utilisation de groupes spéciaux parviennent plus rapidement à solutionner les conflits. Les systèmes qui font appel aux tribunaux peuvent être plus lents à produire un premier jugement à cause de la procédure judiciaire plus élaborée associée à leur fonctionnement; par ailleurs, les mécanismes axés sur l'utilisation de groupes spéciaux prévoient généralement plus de temps pour la consultation et la médiation avant et pendant le déroulement du processus, et pour l'application des décisions. En conséquence, si l'on tient compte tant des coûts que des délais, il n'y a peut-être pas beaucoup de différence entre les systèmes qui s'appuient sur les tribunaux et ceux qui font appel à des groupes spéciaux.

Crédibilité des décisions et des jugements

Pour être efficace à plus long terme, un mécanisme de règlement des différends doit acquérir de la crédibilité au fil de ses décisions et de ses jugements parmi les parties à un accord commercial. Si ces dernières ne sont pas convaincues que les décisions et les jugements rendus par l'intermédiaire du mécanisme sont libres de distorsion et reposent sur des modalités et des procédés appropriés, le mécanisme perdra rapidement sa crédibilité et les parties éviteront de l'utiliser pour régler leurs conflits. Pour que les parties à un conflit aient suffisamment confiance pour utiliser le mécanisme, les modalités et le processus doivent offrir une égalité d'accès à toutes les parties et permettre une présentation complète des faits par les deux parties. Les mécanismes analysés dans notre étude offrent une égalité d'accès aux parties qui ont la possibilité de soumettre leurs différends à des organes d'examen et ils permettent un échange complet de renseignements et de prises de position entre les parties. Dans la plupart des cas, et notamment pour l'OMC et l'ALENA, des dispositions détaillées ont été prévues pour la consultation et la médiation, y compris l'échange complet

des faits et des positions, avant que l'audition formelle des parties ne débute. En conséquence, les mécanismes étudiés ne souffrent généralement pas d'un manque de crédibilité qui serait attribuable aux modalités et aux procédés utilisés pour résoudre les conflits.

La préoccupation la plus sérieuse que soulève tout mécanisme de règlement des différends est la mesure dans laquelle on peut démontrer que ses décisions et ses jugements sont rendus aux termes d'un processus impartial, au cours duquel chaque entité peut influencer le processus décisionnel. Comme on peut le constater à la lumière des accusations de distorsion soulevées par les décisions rendues en vertu de l'ALENA, l'appréhension est plus vive dans le cas des mécanismes fondés sur le recours à des groupes spéciaux que dans le cas de ceux qui font appel aux tribunaux; il en est ainsi à cause du caractère non judiciaire des groupes spéciaux et de la nécessité de choisir des experts nommés par chacune des parties pour former les groupes chargés de résoudre les conflits par vote majoritaire. Dans le contexte d'un mécanisme fondé sur le recours aux tribunaux, les magistrats nommés font généralement une interprétation plus légaliste des faits et ils ont une tradition de neutralité à l'égard des parties qui comparaissent devant eux. En revanche, les membres des groupes spéciaux sont ordinairement choisis à partir de listes présentées par les deux parties; l'impartialité peut être mise en cause si la majorité des membres ont une affiliation avec l'une des parties et, plus spécialement, si les listes de membres ont une coloration politique.

Pour ce qui est des mécanismes fondés sur des groupes spéciaux, notamment ceux de l'OMC et de l'ALENA, on a cherché à mettre au point des processus de sélection qui permettent de réduire au minimum les risques de partialité dans les décisions et les jugements rendus en adoptant des techniques comme celle du choix inversé des membres des groupes spéciaux (chaque partie sélectionne des membres à partir de la liste de l'autre partie) ou en demandant aux membres choisis de nommer un président neutre. L'une des techniques les plus avancées est celle utilisée pour le choix des membres des groupes spéciaux de la nouvelle instance d'appel de l'OMC, qui comprennent des spécialistes réputés en droit et en commerce international : trois membres sont choisis parmi un groupe de sept personnes (en excluant toute personne qui déclare un conflit d'intérêt) selon une formule de roulement aléatoire imprévisible qui permet à tous les membres de servir sans égard à leur origine nationale. En raison des problèmes liés au choix des membres et du risque d'influence politique sur ces choix, les mécanismes axés sur les groupes spéciaux ont généralement moins de crédibilité que les mécanismes faisant appel aux tribunaux.

Bilan de l'exécution des décisions

Au bout du compte, la crédibilité d'un mécanisme de règlement des différends est fonction de son aptitude à faire respecter, par les parties à un différend commercial, les décisions et les jugements rendus. S'il ne peut y parvenir, le mécanisme devient simplement une tribune pour présenter les conflits et tenter de les résoudre en suscitant un consensus entre les parties, au lieu de servir d'instrument de résolution des conflits sur lesquels un consensus ne peut être obtenu. Si l'une des parties est consciente qu'un organe de règlement des conflits est impuissant à faire exécuter ses décisions, il devient rapidement impossible de résoudre les différends par voie de consensus : aucune des parties ne sera disposée à faire des compromis, sachant qu'elle ne subira aucun préjudice en refusant de résoudre un conflit. Le principal problème que soulève l'application des décisions rendues par un organe d'examen découle de la difficulté de prendre des mesures — ou de menacer de le faire — qui auraient pour effet de rendre trop onéreux pour la partie contrevenante le fait d'ignorer la décision. Il faut soit que la partie lésée puisse prendre des recours commerciaux contre la partie contrevenante ou que des pénalités explicites puissent lui être imposées par l'organe d'examen lui-même. De façon générale, les mécanismes axés sur des groupes spéciaux ont utilisé la menace de recours commerciaux comme principal instrument d'application de leurs décisions. Le danger est que cette approche peut conduire à l'adoption de mesures de représailles par la partie contrevenante; il pourrait alors en résulter toute une gamme de restrictions commerciales qui seraient coûteuses pour l'ensemble des participants à l'accord commercial. Par ailleurs, les mécanismes faisant appel aux tribunaux ont davantage eu recours aux amendes pour faire respecter les décisions rendues mais, pour une infraction particulière, il est difficile de déterminer le niveau auquel le fardeau d'une amende devient assez lourd pour inciter le contrevenant à ne pas ignorer le jugement du tribunal.

L'exécution des décisions demeure une faiblesse majeure des mécanismes de règlement des différends; dans la plupart des cas, la résolution d'un conflit repose sur la volonté des parties d'accepter les décisions rendues par l'organe de règlement des différends. C'est pour cette raison que tous les mécanismes offrent d'abord des moyens informels de réconciliation avant de passer à une procédure formelle de résolution du conflit. La probabilité qu'une partie contrevenante modifie son comportement et se conforme aux conditions d'un accord est beaucoup plus élevée si un différend peut être réglé par consensus sans nécessiter un jugement, et la probabilité que la décision sera respectée est beaucoup plus faible si l'organe d'examen des conflits a le fardeau d'imposer sa décision à la partie

contrevenante. Plus un mécanisme permet de résoudre un conflit par voie de consensus, plus il sera efficace pour régler des différends et pour maintenir l'engagement des membres à l'égard de l'accord commercial. Si des différends doivent être constamment résolus par l'application de décisions, tant le mécanisme que l'accord commercial seront rapidement compromis et risqueront de s'effondrer. Par conséquent, un mécanisme efficace n'utilisera les mesures d'exécution qu'en dernier recours. Dans ces circonstances, l'absence de modalités précises de mise à exécution ne compromettra peut-être pas sérieusement l'efficacité du mécanisme. L'élément clé est que les parties doivent montrer leur engagement à respecter l'accord et juger valable de résoudre leurs différends par voie de consensus ou par voie de jugement; s'il en est ainsi, la valeur économique de l'accord commercial sera préservée. Si des mesures d'application des décisions sont intégrées à un mécanisme d'examen, elles devront être utilisables et efficaces; dans le cas contraire, l'impossibilité de faire respecter les décisions compromettra sérieusement la crédibilité du mécanisme et réduira d'autant son efficacité.

Une évolution nécessaire

Sauf pour le mécanisme constitutionnel de l'Australie, tous les mécanismes de résolution des conflits que nous avons examinés dans notre étude ont fait l'objet de modifications graduelles visant à améliorer leur efficacité à régler les différends. Dans tous ces cas, les parties aux accords commerciaux ont reconnu que les mécanismes mis en place au départ n'étaient pas appropriés et que des améliorations et des rajustements s'imposaient, dans le cadre d'une démarche évolutive. Le mécanisme de l'UE a ainsi bénéficié d'une évolution et d'un renforcement continuel grâce aux modifications apportées au traité de Rome et aux précédents établis par les jugements des tribunaux, notamment ceux de la Cour européenne de justice. Le mécanisme original du GATT a sensiblement évolué à la faveur de perfectionnements et d'ajouts majeurs qui ont abouti à l'instauration du mécanisme de l'OMC. De plus, le mécanisme original de l'ALE a été modifié et amélioré progressivement pour devenir le mécanisme de l'ALENA. Ces changements évolutifs furent stimulés en partie par l'évolution du contexte des accords commerciaux originaux (par exemple, l'inclusion des services dans l'Accord du GATT et l'expansion de l'ALE pour englober le Mexique) et en partie par l'expérience tirée du fonctionnement de ces mécanismes (par exemple, la nécessité de réduire au minimum les problèmes de partialité dans la démarche menant aux décisions et le besoin de réduire les coûts et de raccourcir le délai requis pour rendre une décision). Certains de ces changements portaient sur la mise en place de structures complètement nouvelles (par exemple, l'instance d'appel dans le cadre du mécanisme de

l'OMC); d'autres comprenaient des améliorations apportées aux modalités et aux procédures (par exemple, les méthodes de sélection des membres des groupes spéciaux créés en vertu du mécanisme de l'ALENA). Dans le cas de l'UE, l'évolution du mécanisme de règlement des différends a permis d'en étendre la portée à de nouveaux domaines d'activité économique, absents du libellé original du traité de Rome. Même dans le cas de l'Australie, on a jugé souhaitable d'étudier la possibilité d'établir des structures supplémentaires qui pourraient être utilisées de concert avec le mécanisme constitutionnel fondé sur le recours aux tribunaux pour régler les différends de façon moins formelle, moins coûteuse et plus rapide.

Conséquences pour le mécanisme de l'Accord canadien sur le commerce intérieur

Notre étude visait à examiner les mécanismes nationaux et internationaux de règlement des différends intégrés aux principaux accords sur le commerce ou à la législation de certains pays, afin de tirer des enseignements des modifications récentes apportées à ces instruments pour le mécanisme créé en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur au Canada. Le mécanisme de l'ACI est déjà fortement influencé par les mécanismes internationaux, notamment les mécanismes originaux du GATT et de l'ALE, et il importe de voir dans quelle mesure les modifications récemment apportées à ces mécanismes pourraient être adoptées en vue de renforcer et d'améliorer le mécanisme de l'ACI. Sur la base de ces analyses, nous présentons dans ce qui suit certaines questions primordiales à considérer au regard de l'évolution du mécanisme de l'ACI. Nous présentons aussi des recommandations visant à tenir compte de ces enjeux.

Conséquences des changements apportés à l'OMC et à l'ALENA

Des nombreux changements survenus au moment du passage du mécanisme du GATT à celui de l'OMC, on peut tirer des enseignements pour l'évolution future du mécanisme de l'ACI. L'établissement du mécanisme de l'OMC s'inscrit dans une tendance allant vers un système fondé sur des règles, qui vise à remplacer des termes ambigus et vagues par des lignes directrices claires aux diverses étapes du processus; les résultats recherchés sont l'instauration de règles de fonctionnement précises et la transparence du processus de règlement des conflits. En tant qu'élément de ce processus, l'OMC a adopté une stratégie uniforme pour tous les secteurs, fondée sur un système unique de règlement des différends et il a appliqué le principe de l'automatisme pour la création des groupes spéciaux, l'adoption de rapports et le droit de recourir à des mesures de rétorsion. De plus, l'OMC a tenté de solutionner le problème des distorsions et de l'impartialité

des experts en veillant à ce qu'il n'y ait aucun lien indu entre les parties à un conflit et les membres du groupe spécial. L'un des aspects les plus innovateurs du mécanisme de l'OMC est le processus d'appel : l'instance nouvellement créée accepte d'entendre les appels déposés contre des décisions rendues par des groupes spéciaux établis en vertu de la procédure de règlement des conflits et d'y donner suite par l'intermédiaire d'une procédure judiciaire assujettie à des délais très serrés. En fait, l'instance d'appel est la caractéristique la plus distinctive du nouveau mécanisme de l'OMC et elle a contribué à établir l'impartialité, l'intégrité et l'indépendance de l'OMC lors des toutes premières décisions rendues en vertu de ce processus. Il semble donc indiqué que les progrès les plus récents accomplis au sein de l'OMC soient considérés dans le contexte de l'examen des moyens d'améliorer et de renforcer le mécanisme de l'ACI.

Plusieurs changements apportés au moment de l'établissement du mécanisme de l'ALENA se sont inspirés de l'évolution du mécanisme de l'OMC, notamment en ce qui concerne l'automaticité du processus et du choix des membres des groupes spéciaux. En vertu de l'ALENA, si un règlement ne peut être conclu par l'intermédiaire de consultations et de négociations, les parties au conflit sont automatiquement tenues de faire appel au mécanisme de l'ALENA. Pour éviter les distorsions au niveau de la composition du groupe spécial, la procédure de sélection des experts aux termes du chapitre 20 a aussi été renforcée en demandant aux parties à l'Accord d'établir par voie de consensus une liste unique de 30 personnes parmi lesquelles les membres du groupe spécial seront sélectionnés. Au moment de la création d'un groupe spécial, les parties au conflit doivent unanimement choisir un président parmi les personnes figurant sur la liste et ils procèdent ensuite à la sélection des membres du groupe spécial en utilisant un processus de choix inverse, en vertu duquel chaque partie choisit des membres parmi les ressortissants de la partie adverse. De plus, les modalités du chapitre 19 prévoient que, dans la mesure du possible, les membres des groupes spéciaux devront être des magistrats en fonction ou à la retraite de façon à s'assurer qu'ils possèdent des connaissances suffisantes des systèmes judiciaires des deux pays. Les critiques les plus fréquentes formulées à l'endroit du mécanisme de l'ALENA portent sur les préoccupations que soulèvent les distorsions dans le choix des membres des groupes spéciaux et la nécessité de disposer de modalités d'appel plus structurées. En ce qui concerne l'impartialité des membres des groupes spéciaux, les principaux changements proposés comprennent l'établissement de groupes d'experts permanents ou la nomination des membres des groupes spéciaux pour des mandats déterminés, comme c'est le cas de l'instance d'appel de l'OMC. En fait, des observateurs ont soutenu que l'ALENA devrait se doter d'un processus d'appel semblable à celui de l'OMC. Les changements proposés font de nouveau ressortir la nécessité de

reconsidérer l'ACI et d'examiner la façon dont les innovations les plus récentes apportées aux mécanismes internationaux pourraient être utilisées pour l'améliorer et le renforcer.

***Enseignements à tirer des mécanismes
de l'UE et de l'Australie***

Les entreprises commerciales et les particuliers ont accès aux mécanismes de règlement des différends de l'UE et de l'Australie, et cette particularité est très importante pour l'ACI. Un accès élargi est l'une des raisons pour lesquelles ces mécanismes ont été aussi fréquemment utilisés; en particulier, le mécanisme de l'UE est accessible aux plaignants par l'intermédiaire des systèmes judiciaires nationaux dans les États membres. En Australie, la plupart des affaires portées devant les tribunaux ou la Haute Cour mettent en cause des plaignants du secteur privé qui intentent des procédures judiciaires contre les gouvernements des États ou du Commonwealth et leurs organismes. Cette formule permet un accès beaucoup plus direct au mécanisme, et les entités du secteur privé peuvent s'identifier de beaucoup plus près aux objectifs et aux résultats du mécanisme que si les différends étaient négociés uniquement de gouvernement à gouvernement. Le mécanisme peut aussi être utilisé pour tenter de régler des différends à une échelle plus restreinte; il n'est pas nécessaire que ces conflits figurent parmi les préoccupations dominantes des gouvernements, mais ils peuvent contribuer à établir des précédents juridiques et des éléments de jurisprudence qui serviront à régler des différends futurs. De plus, l'accès par les entreprises et les particuliers peut contribuer à engendrer un meilleur appui à l'égard du mécanisme parmi les électeurs et inciter davantage les gouvernements à en garantir l'utilisation et le fonctionnement efficace.

Une autre caractéristique de l'expérience australienne est pertinente pour le Canada : le fait qu'un mécanisme doté d'un fondement constitutionnel ne permet pas nécessairement de résoudre tous les problèmes soulevés par l'instauration du libre-échange à l'intérieur d'une fédération. La constitution australienne stipule clairement que le commerce entre les États doit être libre de toute entrave et les Australiens ont utilisé largement le système judiciaire pour faire appliquer cette disposition constitutionnelle; néanmoins, le mécanisme n'a pas toujours fonctionné efficacement ou sans controverse. La Haute Cour a eu beaucoup de difficulté à assurer un équilibre entre les intérêts des États et ceux du Commonwealth et à rendre des jugements définitifs dans plusieurs affaires mettant en cause la réglementation gouvernementale et son incidence sur le libre-échange. Plusieurs règles imposées en vue d'atteindre des objectifs de politique publique valables engendrent des obstacles commerciaux discriminatoires, dont les coûts doivent être évalués à la lumière des autres avantages liés à

ces politiques. La Haute Cour a tenté de résoudre ces problèmes par divers moyens, par exemple en appliquant d'autres critères de justification à certaines mesures de réglementation contestées en raison de leurs effets restrictifs sur les échanges. Toutefois, la Cour a été loin de réussir dans de nombreuses causes et l'on ne sait pas encore de quelle façon les dispositions constitutionnelles pourraient être préservées. La Cour a aussi éprouvé des difficultés à définir les droits des citoyens dans l'optique de la constitution et des écarts persistent au niveau de l'interprétation de ces droits. Ces problèmes et le désir apparent de concevoir des moyens plus informels de solutionner les différends en Australie doivent être pris en considération au moment d'évaluer les propositions visant à remplacer l'ACI au Canada ou à l'arrimer plus solidement aux dispositions de la constitution par l'intermédiaire du système judiciaire.

Principaux enjeux et recommandations

L'analyse présentée met en relief plusieurs aspects primordiaux de la structure et du fonctionnement du mécanisme de l'ACI — des questions sur lesquelles il importe de se pencher si l'on veut que le mécanisme évolue d'une façon compatible avec l'expérience acquise à l'échelle nationale et internationale. Nous résumons ces questions ci-dessous et nous présentons des recommandations visant à en tenir compte.

- À l'heure actuelle, les divers chapitres de l'ACI renferment des modalités distinctes de règlement des différends que les parties au conflit doivent d'abord utiliser. Cette approche se traduit par un mécanisme indûment complexe et portant à confusion, qui représente une source d'incertitude et de dissuasion de la part des plaignants qui ont besoin de l'utiliser. L'expérience internationale, notamment dans le cadre de l'OMC, indique que l'utilisation d'un seul mécanisme pour tous les aspects d'un accord est préférable à l'application de modalités distinctes à divers aspects de l'accord.

Recommandation : Offrir le choix aux parties à un conflit de recourir directement au mécanisme prévu au chapitre 17 de l'ACI sans être tenues d'utiliser les mécanismes figurant dans les divers chapitres.

- La tendance à l'échelle internationale, qui s'est amorcée avec l'OMC, indique que les modalités et les procédures s'orientent davantage vers des règles précises, notamment pour la sélection des membres des groupes spéciaux et les règles et modalités de fonctionnement. Le mécanisme de l'ACI comporte un processus de sélection des groupes spéciaux, mais les procédures et les modalités de fonctionnement sont, dans une large mesure, déterminés au cas par cas par chacun des groupes. En réduisant au minimum les distorsions dans le choix des

groupes spéciaux et en assurant une plus grande cohérence au niveau des modalités et de procédures de fonctionnement on renforcerait la crédibilité du mécanisme de l'ACI.

Recommandation : Définir plus clairement les règles et les procédures de fonctionnement des groupes spéciaux. Par exemple, établir un niveau minimum de normalisation des aspects que les groupes spéciaux doivent examiner dans chaque cas et adopter des modalités encore plus rigoureuses pour éviter les distorsions dans la sélection des membres des groupes spéciaux, en établissant une procédure de divulgation des conflits d'intérêt pour les membres choisis, semblable à celle qu'applique l'organe d'appel de l'OMC.

- L'accessibilité du mécanisme de règlement des différends pour les entités privées s'est révélée un moyen efficace d'accroître l'utilisation de ce recours et de renforcer sa crédibilité comme instrument de résolution des conflits; cela a notamment été le cas du mécanisme de l'UE. Aux termes des dispositions de l'ACI, les entités privées peuvent recourir au mécanisme de règlement des différends, mais la procédure est complexe et l'Accord ne renferme pas de disposition concernant l'utilisation de mesures de rétorsion ou le droit de réclamer une indemnisation. Étant donné les difficultés auxquelles les entités privées doivent faire face pour intenter des poursuites en vertu de l'ACI, il est à prévoir que peu d'actions privées, sinon aucune, ne seront entreprises en invoquant ce mécanisme.

Recommandation : Offrir aux entités privées des possibilités d'accès élargies au mécanisme de règlement des différends de l'ACI en simplifiant et en harmonisant les modalités et la procédure d'accès tant pour les gouvernements que pour les entités privées. En accordant le droit de demander une indemnisation, on encouragerait par ailleurs les entités privées à utiliser le système.

- Au niveau des mécanismes internationaux, l'innovation la plus importante a été la création d'une instance d'appel au sein de l'OMC. L'ACI ne prévoit pas de procédure d'appel après le dépôt du rapport d'un groupe spécial et cette lacune pourrait engendrer des difficultés d'application si l'une des parties estimait ne pas avoir été traitée équitablement au cours des délibérations menant au dépôt du rapport. La possibilité d'appeler des décisions des groupes spéciaux permettrait aux parties de contester tout traitement perçu comme injuste — ou réellement injuste — durant le déroulement du processus et d'en arriver à un règlement du différend.

Recommandation : Instituer une procédure d'appel qui répondrait aux préoccupations des parties concernant les rapports des groupes spéciaux

et qui permettrait le renvoi ou la révocation des décisions contenues dans ces rapports. La portée de la procédure d'appel devrait être définie et limitée, comme dans le cas de l'organe d'appel créé au sein de l'OMC, et l'on devrait élaborer des modalités d'appel claires en prenant soin de donner au processus un caractère de finalité.

BIBLIOGRAPHIE

On trouvera un compte rendu des causes entendues par la Haute Cour d'Australie que nous citons dans notre étude sur le site Web de l'Australian Legal Information Institute : <http://www.austlii.edu.au>.

Cameron May Ltd., « Conference on Dispute Settlement in the WTO », Bruxelles, le 14 juin 1996.

Chambre de commerce du Canada, « The Internal Trade Agreement and Interprovincial Trade Flows: Building a Strong United Canada », septembre 1996.

Commission européenne, *Rapport général sur les activités des Communautés européennes : 1995*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1996.

Davey, William J., *Pine and Swine: Canada–United States Trade Dispute Settlement: The FTA Experience and NAFTA Prospects*, Centre de droit et de politique commerciale, Université Carleton, Ottawa, 1996.

Doran, Charles, « The Softwood Lumber Case under NAFTA », *The International Journal*, novembre 1996.

Globerman, Steven et Michael Walker, *Assessing NAFTA: A Trilateral Analysis*, Fraser Institute, 1993.

Howse, Robert, « Securing the Canadian Economic Union: Legal and Constitutional Options for the Federal Government », *The Canadian Union Papers*, n° 81, Institut C. D. Howe, juin 1996.

Site Web de la Samuel L. Griffith Society : <http://exhibit.com.au/griffith>.

Trebilcock, Michael J. et Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, Routledge, New York, 1995.

Trebilcock, Michael J. et Daniel Schwanene, *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, ouvrage collectif, Policy Study, n° 26, Institut C. D. Howe, 1995.

PUBLICATIONS DE RECHERCHE D'INDUSTRIE CANADA

COLLECTION DOCUMENTS DE TRAVAIL

- N° 1 **L'intégration économique de l'Amérique du Nord : les tendances de l'investissement étranger direct et les 1 000 entreprises les plus grandes**, Industrie Canada, personnel de la Direction de l'analyse de la politique micro-économique, notamment John Knubley, Marc Legault et P. Someshwar Rao, 1994.
- N° 2 **Les multinationales canadiennes : analyse de leurs activités et résultats**, Industrie Canada, personnel de la Direction de l'analyse de la politique micro-économique, notamment P. Someshwar Rao, Marc Legault et Ashfaq Ahmad, 1994.
- N° 3 **Débordements transfrontaliers de R-D entre les industries du Canada et des États-Unis**, Jeffrey I. Bernstein, Université Carleton et National Bureau of Economic Research, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1994.
- N° 4 **L'impact économique des activités de fusion et d'acquisition sur les entreprises**, Gilles Mcdougall, Direction de l'analyse de la politique micro-économique, Industrie Canada, 1995.
- N° 5 **La transition de l'université au monde du travail : analyse du cheminement de diplômés récents**, Ross Finnie, École d'administration publique, Université Carleton et Statistique Canada, 1995.
- N° 6 **La mesure du coût d'observation lié aux dépenses fiscales : les stimulants à la recherche-développement**, Sally Gunz, Université de Waterloo, Alan Macnaughton, Université de Waterloo, et Karen Wensley, Ernst & Young, Toronto, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1996.
- N° 7 **Les structures de régie, la prise de décision et le rendement des entreprises en Amérique du Nord**, P. Someshwar Rao et Clifton R. Lee-Sing, Direction de l'analyse de la politique micro-économique, Industrie Canada, 1996.
- N° 8 **L'investissement étranger direct et l'intégration économique de la zone APEC**, Ashfaq Ahmad, P. Someshwar Rao et Colleen Barnes, Direction de l'analyse de la politique micro-économique, Industrie Canada, 1996.

- N° 9 **Les stratégies de mandat mondial des filiales canadiennes**, Julian Birkinshaw, Institute of International Business, Stockholm School of Economics, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1996.
- N° 10 **R-D et croissance de la productivité dans le secteur manufacturier et l'industrie du matériel de communications au Canada**, Jeffrey I. Bernstein, Université Carleton et The National Bureau of Economic Research, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1996.
- N° 11 **Évolution à long terme de la convergence régionale au Canada**, Serge Coulombe, Département de science économique, Université d'Ottawa, et Frank C. Lee, Industrie Canada, 1996.
- N° 12 **Les répercussions de la technologie et des importations sur l'emploi et les salaires au Canada**, Frank C. Lee, Industrie Canada, 1996.
- N° 13 **La formation d'alliances stratégiques dans les industries canadiennes : une analyse microéconomique**, Sunder Magun, Applied International Economics, 1996.
- N° 14 **Performance de l'emploi dans l'économie du savoir**, Surendra Gera, Industrie Canada, et Philippe Massé, Développement des ressources humaines Canada, 1997.
- N° 15 **L'économie du savoir et l'évolution de la production industrielle**, Surendra Gera, Industrie Canada, et Kurt Mang, ministère des Finances, 1997.
- N° 16 **Stratégies commerciales des PME et des grandes entreprises au Canada**, Gilles Mcdougall et David Swimmer, Direction de l'analyse de la politique micro-économique, Industrie Canada, 1997.
- N° 17 **Incidence sur l'économie mondiale des réformes en matière d'investissement étranger et de commerce mises en oeuvre en Chine**, Winnie Lam, Direction de l'analyse de la politique micro-économique, Industrie Canada, 1997.

COLLECTION DOCUMENTS DE DISCUSSION

- N° 1 **Les multinationales comme agents du changement : définition d'une nouvelle politique canadienne d'investissement étranger direct**, Lorraine Eden, Université Carleton, 1994.

- N° 2 **Le changement technologique et les institutions économiques internationales**, Sylvia Ostry, Centre for International Studies, Université de Toronto, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.
- N° 3 **La régie des sociétés au Canada et les choix sur le plan des politiques**, Ronald J. Daniels, Faculté de droit, Université de Toronto, et Randall Morck, Faculté d'administration des affaires, Université de l'Alberta, 1996.
- N° 4 **L'investissement étranger direct et les politiques d'encadrement du marché : réduire les frictions dans les politiques axées sur la concurrence et la propriété intellectuelle au sein de l'APEC**, Ronald Hirshhorn, 1996.
- N° 5 **La recherche d'Industrie Canada sur l'investissement étranger : enseignements et incidence sur les politiques**, Ronald Hirshhorn, 1997.

COLLECTION DOCUMENTS HORS SÉRIE

- N° 1 **Obstacles officiels et officieux à l'investissement dans les pays du G-7 : analyse par pays**, Industrie Canada, personnel de la Direction de l'analyse de la politique micro-économique, notamment Ashfaq Ahmad, Colleen Barnes, John Knubley, Rosemary D. MacDonald et Christopher Wilkie, 1994.
- Obstacles officiels et officieux à l'investissement dans les pays du G-7 : résumé et conclusions**, Industrie Canada, personnel de la Direction de l'analyse de la politique micro-économique, notamment Ashfaq Ahmad, Colleen Barnes et John Knubley, 1994.
- N° 2 **Les initiatives d'expansion commerciale dans les filiales de multinationales au Canada**, Julian Birkinshaw, Université Western Ontario, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.
- N° 3 **Le rôle des consortiums de R-D dans le développement de la technologie**, Vinod Kumar, Research Centre for Technology Management, Université Carleton, et Sunder Magun, Centre de droit et de politique commerciale, Université d'Ottawa et Université Carleton, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.

- N° 4 **Écarts hommes/femmes dans les programmes universitaires**, Sid Gilbert, Université de Guelph, et Alan Pomfret, King's College, Université Western Ontario, 1995.
- N° 5 **La compétitivité : notions et mesures**, Donald G. McFetridge, Département d'économique, Université Carleton, 1995.
- N° 6 **Aspects institutionnels des stimulants fiscaux à la R-D : le crédit d'impôt à la RS&DE**, G. Bruce Doern, École d'administration publique, Université Carleton, 1995.
- N° 7 **La politique de concurrence en tant que dimension de la politique économique : une analyse comparative**, Robert D. Anderson et S. Dev Khosla, Direction de l'économique et des affaires internationales, Bureau de la politique de concurrence, Industrie Canada, 1995.
- N° 8 **Mécanismes et pratiques d'évaluation des répercussions sociales et culturelles des sciences et de la technologie**, Liora Salter, Osgoode Hall Law School, Université de Toronto, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.
- N° 9 **Sciences et technologie : perspectives sur les politiques publiques**, Donald G. McFetridge, Département d'économique, Université Carleton, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.
- N° 10 **Innovation endogène et croissance : conséquences du point de vue canadien**, Pierre Fortin, Université du Québec à Montréal et Institut canadien de recherches avancées, et Elhanan Helpman, Université de Tel-Aviv et Institut canadien de recherches avancées, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.
- N° 11 **Les rapports université-industrie en sciences et technologie**, Jérôme Doutriaux, Université d'Ottawa et Margaret Barker, Meg Barker Consulting, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.
- N° 12 **Technologie et économie : examen de certaines relations critiques**, Michael Gibbons, Université de Sussex, dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1995.
- N° 13 **Le perfectionnement des compétences des cadres au Canada**, Keith Newton, Industrie Canada, 1995.
- N° 14 **Le facteur humain dans le rendement des entreprises : stratégies de gestion axées sur la productivité et la compétitivité dans l'économie du savoir**, Keith Newton, Industrie Canada, 1996.

- N° 15 **Les charges sociales et l'emploi — Un examen de la documentation**, Joni Baran, Industrie Canada, 1996.
- N° 16 **Le développement durable : concepts, mesures et déficiences des marchés et des politiques au niveau de l'économie ouverte, de l'industrie et de l'entreprise**, Philippe Crabbé, Institut de recherche sur l'environnement et l'économie, Université d'Ottawa, 1997.
- N° 17 **La mesure du développement durable : étude des pratiques en vigueur**, Peter Hardi, Stephan Barg et Tony Hodge, Institut international du développement durable, 1997.
- N° 18 **Réduction des obstacles réglementaires au commerce : leçons à tirer de l'expérience européenne pour le Canada**, Ramesh Chaitoo et Michael Hart, Centre de droit et de politique commerciale, Université Carleton, 1997.
- N° 19 **Analyse des mécanismes de règlement des différends commerciaux internationaux et conséquences pour l'Accord canadien sur le commerce intérieur**, E. Wayne Clendenning et Robert J. Clendenning, E. Wayne Clendenning & Associates Inc., dans le cadre d'un contrat avec Industrie Canada, 1997.

PUBLICATIONS CONJOINTES

Capital Budgeting in the Public Sector, en collaboration avec l'Institut John Deutsch, sous la direction de Jack Mintz et Ross S. Preston, 1994.

Infrastructure and Competitiveness, en collaboration avec l'Institut John Deutsch, sous la direction de Jack Mintz et Ross S. Preston, 1994.

Getting the Green Light: Environmental Regulation and Investment in Canada, en collaboration avec l'Institut C. D. Howe, sous la direction de Jamie Benidickson, G. Bruce Doern et Nancy Olewiler, 1994.

Pour obtenir des exemplaires de l'un des documents publiés dans le cadre du *Programme des publications de recherche*, veuillez communiquer avec le

Responsable des publications
Analyse de la politique micro-économique
Industrie Canada
5^e étage, tour ouest
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) K1A 0H5

N^o de téléphone : (613) 952-5704
N^o de télécopieur : (613) 991-1261
Courrier électronique : fumerton.cheryl@ic.gc.ca