

# Université d'été sur l'intégration et les relations transfrontalières nord-américaines

Le droit de l'ALENA et le règlement  
des différends

Gilbert Gagné

# Trois principaux chapitres:

- Chapitre 11: l'investissement
- Chapitre 19: droits antidumping et compensateurs
- Chapitre 20: procédure générale

# Le règlement des différends en matière d'investissement (1)

- Durant les négociations de l'ALENA, les parties avaient des objectifs divergents.
- Le chapitre 11 renferme des obligations relativement au traitement national (art. 1102), au traitement de la nation la plus favorisée (art. 1103), à la norme minimale de traitement en vertu du droit international (art. 1105), à l'interdiction de prescriptions de résultats (art. 1106), et l'expropriation et aux indemnités (art. 1110).

## Le règlement des différends en matière d'investissement (2)

- Le chapitre 11 renferme notamment des dispositions pour un processus d'arbitrage international obligatoire qui permet à tout investisseur ressortissant d'un pays de l'ALENA d'intenter une poursuite contre un État partie qui aurait violé une de ces obligations et entraîné des dommages pour l'investisseur.

## Le règlement des différends en matière d'investissement (3)

- Depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA en 1994, il y a eu 57 notifications d'intentions; le Canada en a reçu 28 (dont 13 ont été retirées ou sont inactives); les États-Unis, 14; et le Mexique, 15.
- Ce nombre est moindre si on ne compte que les arbitrages passés ou en cours, parmi ces derniers, 2 impliquent les États-Unis et 3 le Mexique.

# Le règlement des différends en matière d'investissement (4)

- Les États-Unis ont eu gain de cause dans toutes les sentences arbitrales rendues jusqu'à maintenant (7).
- Dans l'affaire *Metalclad* impliquant le Mexique, le tribunal a conclu à une expropriation (2000) .
- Le chapitre 11 a moins suscité la controverse depuis quelques années, notamment parce que les tribunaux d'arbitrage ont eu une interprétation plus restrictive des dispositions de l'ALENA, les États-Unis ne se sont jamais vu donner tort, et l'affaire *UPS* impliquant le Canada a été réglée en sa faveur (2007).

# Le règlement des différends en matière d'investissement (5)

- Le processus d'arbitrage manque de transparence , il est long et imprévisible, a débouché sur des sentences arbitrales en partie inconsistantes sinon erronées.
- En 2001, les États parties se sont entendus pour clarifier la portée du chapitre 11 et pour en rendre les procédures plus transparentes.

## Le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs (1)

- Au cours de négociations de l'ALENA, le Canada et le Mexique tenaient beaucoup à circonscrire la menace et l'arbitraire des recours commerciaux américains.
- Le chapitre 19 prévoit l'attribution à des groupes spéciaux binationaux de l'examen des déterminations finales des organismes nationaux d'enquête en matière de droits antidumping et compensateurs.

## Le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs (2)

- Si un groupe spécial, sur la base du droit interne du pays importateur, est d'avis qu'une telle détermination finale n'est pas conforme à sa législation commerciale, ce dernier doit mettre fin à ces mesures et rembourser les droits jusque-là perçus.
- Les décisions des groupes spéciaux ont force obligatoire.

## Le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs (3)

- Chaque affaire peut aboutir à la mise en place de groupe spéciaux pour se pencher sur des déterminations de dumping et/ou de subventionnement, de préjudice ou de dommages subis.
- Les révisions administratives de déterminations finales, certaines antérieures à l'ALENA, ont aussi pu faire l'objet d'un examen binational, ce qui explique que le recours à la procédure du chapitre 19 ait été aussi fréquent.

## Le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs (4)

- Depuis 1994, le Canada a dû se défendre dans 22 affaires, dont 7 réglées entre les parties, dont les seules 3 affaires depuis 2004.
- Les États-Unis ont dû se défendre dans 84 affaires, 48 ont été réglées entre les parties, y inclus l'affaire du bois d'oeuvre. Hormis cette dernière, seulement 2 affaires depuis 2005.
- Le Mexique a dû se défendre dans 18 affaires, dont 7 réglées entre les parties; 10 affaires au cours des années 2000.

## Le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs (5)

- Dans 3 affaires, à la demande des États-Unis, il y a recours à la procédure de contestation extraordinaire, rejeté dans tous les cas.
- En 2005, dans l'affaire du bois d'oeuvre, les États-Unis passent outre au caractère obligatoire des dispositions du chapitre 19.
- Peu d'affaires au cours des dernières années, et aucune liée à la crise économique.

## Le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs (6)

- Le chapitre 19 a eu pour effet d'amener les autorités américaines à être plus circonspectes et à entreprendre moins d'enquêtes relatives à des recours commerciaux contre le Canada et le Mexique.
- Dans la plupart des cas, la valeur des exportations en cause n'est pas importante et le niveau des droits en vigueur est assez bas.

## Le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs (7)

- Le mécanisme des groupes spéciaux a montré ses limites dans les cas de différends hautement politisés et impliquant des intérêts économiques majeurs où souvent des questions essentielles d'ordre conceptuel et juridique se sont posées.
- De fréquents et multiples renvois de la part des groupes spéciaux aux agences administratives nationales ont entraîné des délais dans les procédures d'examen.

# La procédure générale de règlement des différends (1)

- C'est l'approche américaine qui fut retenue, le Canada et le Mexique ayant été incapables d'obtenir une procédure contraignante.
- Le mécanisme général de règlement des différends prévu au chapitre 20 de l'ALENA s'applique lorsqu'un État membre veut prévenir ou régler un différend touchant l'interprétation ou l'application de l'accord, ou lorsqu'il estime qu'une mesure adoptée ou envisagée par une autre partie est incompatible avec les obligations ou encore annule ou compromet un avantage découlant du traité (art. 2004 et annexe 2004).

# La procédure générale de règlement des différends (2)

- Au cas où des consultations ne permettent pas d'en arriver à une solution, une partie peut demander la convocation de la Commission du libre-échange. Celle-ci doit alors chercher à régler promptement le différend, soit en faisant appel à des conseillers techniques, en créant des groupes de travail ou d'experts; en ayant recours aux bons offices, à la conciliation, à la médiation ou à d'autres procédures; ou encore en faisant des recommandations.

# La procédure générale de règlement des différends (3)

- A défaut d'entente, toute partie peut réclamer que soit institué un groupe spécial arbitral, dont le rapport toutefois ne contraint pas légalement les parties. Si le groupe spécial conclut qu'une mesure est incompatible avec l'ALENA ou qu'elle a pour effet d'annuler ou de compromettre un avantage qui en découle, la partie plaignante peut suspendre l'application d'avantages dont la valeur est équivalente au préjudice que la mesure incriminée entraîne (art. 2019.1).

# La procédure générale de règlement des différends (4)

- L'État défendeur a cependant la possibilité de demander à la Commission la mise sur pied d'un groupe spécial afin de déterminer si le niveau des avantages suspendus est «manifestement excessif» (art. 2019.3).
- L'élaboration d'une solution, qui doit normalement correspondre aux recommandations d'un groupe spécial, échoit aux parties contestantes.

# La procédure générale de règlement des différends (5)

- Même si le chapitre 20 de l'ALENA a un champ d'application très vaste, il a été peu utilisé.
- Depuis 1994, trois affaires, au début de l'ALENA.
- La solution finale d'un litige relève, pour l'essentiel, de la négociation bilatérale et non d'une logique juridictionnelle.
- Rappelons que les parties à l'ALENA peuvent recourir au mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ce dernier laissant moins de place au jeu diplomatique (art. 2005).

# Conclusions

- En matière d'investissement, autour de 30 différends investisseur-État. Ces derniers ont soulevé la controverse quant à leurs motifs, aux montants des réclamations, de même qu'à certaines sentences arbitrales.
- Le caractère juridictionnel du règlement des différends en vertu du chapitre 19 semble avoir permis de contenir le recours aux droits antidumping et compensateurs de la part des États-Unis.
- La procédure générale de règlement des différends a un caractère essentiellement diplomatique et s'est révélée inefficace.