

L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus

Vilaysoun LOUNGNARATH

Résumé

Le débat légitime sur la forme, le niveau et les conséquences politiques de l'intégration économique engendrée par l'ALÉNA ne devrait pas occulter la problématique de l'intégration juridique associée à la constitution d'un espace de libre-échange. Est-il juste de voir l'ALÉNA comme l'agent-déclencheur ou l'agent-amplificateur d'une dynamique d'intégration juridique en Amérique du Nord? L'auteur examine ce thème de la perspective canadienne. Après avoir présenté quelques réflexions sur le concept d'intégration juridique, il cherche à cerner les principaux déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné. Puis le cas spécifique de l'ALÉNA est braqué, le projet consistant à mesurer l'intégration juridique portée par l'ALÉNA et à mettre en relief certaines de ses manifestations et de ses limites. L'auteur en vient à conclure que l'ALÉNA est venu amplifier modérément une dynamique d'intégration juridique préexistante dans l'espace Canada-États-Unis et cela, à travers des initiatives centrées sur les processus. C'est en effet autour d'une certaine conception de l'État de droit axée sur la transparence, l'intégrité, l'autonomie et la robustesse des processus que s'organise le chantier de l'intégration juridique associé à l'ALÉNA.

L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus

Vilaysoun LOUNGNARATH*

I. DES ÉLÉMENTS D'UN CADRE CONCEPTUEL DE L'INTÉGRATION JURIDIQUE	6
A- Un concept pluriel et hétéronome	6
B- Des déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné	12
1- Le périmètre de l'intégration juridique structurelle	16
2- La profondeur de l'intégration juridique.	19
a) L'intégration par le marché	19
b) Le traitement national	20
c) La reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes	20
d) Des normes communes ou rapprochées	23
3- La géométrie: intégration juridique centrée ou diffuse	27
4- L'effectivité directe de l'accord de base en droit interne.	28

* Avocat, Conseiller auprès de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce et Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Montréal. Les propos et opinions exprimés n'engagent que l'auteur. Cette étude a fait l'objet d'une communication dans le cadre des journées ivoiriennes de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

II. L'ALÉNA: UNE DYNAMIQUE D'INTÉGRATION JURIDIQUE FORMELLE DÉLIBÉRÉMENT PLAFONNÉE	29
A- Des volontés politiques de circonscrire la portée de l'intégration juridique	29
1- Les appréhensions, surtout canadiennes, à l'égard de l'hypothèse du débordement intégratif	30
2- La préoccupation des États-Unis de ne pas se subordonner à une structure susceptible d'atténuer leur prépondérance continentale.	32
B- Des illustrations du caractère limité de l'intégration juridique portée par l'ALÉNA	34
C- Des sources d'intégration juridique propres à l'ALÉNA	37
1- Le principe du traitement national	38
2- L'examen par des groupes spéciaux des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs	40
3- Les accords parallèles sur les normes du travail et sur l'environnement	44
CONCLUSION	49

Avec la signature en 1988 d'un accord de libre-échange avec les États-Unis¹, le Canada effectuait un virage majeur dans sa politique économique. Rompant avec plus d'un siècle de stratégie industrielle teintée par une idéologie de nationalisme économique qui se définissait dans une large mesure en réaction à la puissance américaine, le Canada se lançait – avec un enthousiasme atténué par un débat tumultueux où s'étaient exprimées de vigoureuses oppositions – dans une relation privilégiée sur le plan économique avec le puissant voisin du sud. L'espace de libre-échange s'est étendu au Mexique par la conclusion en 1992 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*², dont la substance s'inspire largement de l'accord canado-américain de libre-échange de 1988.

On a longuement discoursé sur la dynamique d'intégration économique insufflée par l'ALÉ, puis par l'ALÉNA. Certains ont ainsi invoqué avec suspicion l'émergence d'une forteresse commerciale nord-américaine qui viendrait affaiblir le régime multilatéral de l'Organisation mondiale du commerce; d'autres se sont inquiétés de l'accroissement de la dépendance économique du Canada à l'endroit des États-Unis et des conséquences néfastes qu'une telle évolution aurait sur la capacité du Canada de poursuivre une politique originale et indépendante sur la scène internationale. Le débat légitime sur la forme, le niveau et les conséquences politiques de l'intégration économique engendrée par l'ALÉNA a cependant eu pour conséquence regrettable de reléguer dans l'ombre une non moins intéressante problématique: celle de l'intégration juridique associée à la constitution d'un espace de libre-échange. Est-il juste de voir l'ALÉNA comme l'agent-déclencheur ou l'agent-amplificateur d'une dynamique d'intégration juridique en Amérique du Nord? Dans la présente étude, ce thème sera examiné de la perspective canadienne. Après avoir présenté quelques réflexions sur le concept d'intégration

1. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, R.T. Can., 1989 n° 3, 7 D.J.I. 209 (signé le 2 janvier 1988 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989) [ci-après ALÉ], publié par le Ministère des Affaires extérieures du Canada, *l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1988.
2. R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289 (signé le 17 décembre 1992 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA], publié par le Ministère des Affaires extérieures du Canada, *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1992.

juridique (sous-partie I-A) on cherchera à cerner les principaux déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné (sous-partie I-B). Puis le cas de l'ALÉNA sera braqué, le projet consistant à mesurer l'intégration juridique portée par l'ALÉNA et à mettre en relief certaines de ses manifestations et de ses limites (partie II).

I. DES ÉLÉMENTS D'UN CADRE CONCEPTUEL DE L'INTÉGRATION JURIDIQUE

A- Un concept pluriel et hétéronome

Parce que plurielle, l'intégration juridique demeure difficile à appréhender par une définition monochrome. Comme le soulignent judicieusement Cappelletti, Seccombe et Weiler, l'intégration juridique est une expression délibérément vague qui peut englober un spectre étendu d'activités allant de la simple coopération à une unification complète³. Intégration juridique: concept pluriel de par ses expressions et ses instruments, ses profondeurs, ses domaines. Pluriel dans sa nature également, le concept désignant tout autant le processus par lequel l'intégration juridique s'accomplit que le résultat idéal visé par le processus⁴. Pluriel dans ses inspirations, puisqu'il est bien heureux que l'intégration juridique transcende les exigences fonctionnelles de l'intégration économique pour se justifier – parfois, de plus en plus souvent et y compris à l'intérieur de projets d'espace économique – par l'identification et la promotion de valeurs universelles qui traversent les cultures juridiques ou politiques.

Ce serait sans doute mal orienter la réflexion sur l'intégration juridique que de l'assimiler à une dynamique d'homogénéisation des normes, élevée au rang de méta-valeur, voire au rang d'une irrésistible et triomphante loi conduisant à la fin de l'histoire⁵. Dans cette veine, l'intégration juridique ne devrait certes pas être conceptualisée comme une fin en soi, autonome sur le plan des valeurs et des choix politiques, ou encore comme un

3. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J.H.H. WEILER, «Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – A General Introduction», dans M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J.H.H. WEILER (dir.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – Methods, Tools and Institutions*, tome 1, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1986, p. 12.

4. *Ibid.*

5. Cette thèse provocatrice de la fin de l'histoire est notamment avancée par Francis Fukuyama: F. FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Mesnil-sur-L'Estrée (France), Flammarion, 1992.

principe évaluateur des ensembles juridiques, que ceux-ci reposent sur une organisation fédérale, un traité de libre-échange ou une logique d'union économique. Car, comme le relèvent Cappelletti, Secombe et Weiler, si l'intégration juridique était conçue sans qu'il ne s'y rattache quelque connotation ou dessein idéologique, la réussite ultime serait l'uniformisation et l'unification⁶. Dans des ensembles comme la zone ALÉNA, caractérisés par une asymétrie des poids politiques, économiques ou culturels des unités en présence, une telle logique pourrait déborder: il faudrait en effet prendre au sérieux le risque que le mouvement d'intégration juridique en devienne un d'assimilation juridique – cela va de soi, le droit en expansion étant celui du plus fort ou du plus gros – plus ou moins rampant, plus ou moins feutré. Pire peut-être, emprisonner l'intégration juridique dans ce type de logique équivaut à considérer la diversité ou le pluralisme juridique comme un mal par essence, qu'il faudrait combattre! Voilà une implication à laquelle il est difficile de se résoudre. Il serait dès lors indiqué d'avancer une construction intellectuelle de l'intégration juridique qui ne place pas en opposition intégration juridique et diversité juridique, et qui puisse permettre aux petites communautés engagées dans un grand ensemble de préserver leur spécificité.

La piste ouverte par Cappelletti, Secombe et Weiler mérite, dans cette optique, une mention. Selon les trois universitaires, la plupart des organisations sociales sont confrontées à un dilemme existentiel qui se traduit par la recherche d'un équilibre entre, d'une part, le respect pour l'autonomie de l'entité individuelle, la liberté de choix, le pluralisme et la diversité des conduites, et, d'autre part, le besoin sociétal pour la coopération, l'intégration, l'harmonie et, parfois, l'unité⁷. L'intégration juridique se présenterait alors comme une entreprise – parmi d'autres – visant à construire un équilibre entre ces deux pôles d'aspirations constamment en tension, entre l'unité et la diversité; elle impliquerait, forcément, des arbitrages à effectuer à la lumière d'une pluralité de valeurs. C'est cette conception hétéronome de l'intégration juridique qui sera retenue dans le présent exposé.

Dans ce cadre conceptuel, la perspective de l'intégration juridique s'ouvre sur un horizon plus vaste que le strict effort de convergence juridique. Il est ainsi reconnu que chaque système possède son optimum, son propre point d'équilibre; la vocation de

6. *Supra*, note 3, p. 12.

7. *Supra*, note 3, p. 4.

l'entreprise d'intégration juridique serait de découvrir et de réaliser ce point d'équilibre. Il ne faut donc pas s'étonner si, par exemple, l'intégration juridique au sein de la fédération canadienne, de la fédération américaine, de l'Union européenne ou de la zone ALÉNA se présente sous des visages différents. En fait, une telle conception explique et justifie la pluralité des expériences d'intégration juridique. Pour reprendre les propos du professeur Leslie, avec elle, «... l'idée qu'il y ait un processus unique d'intégration s'estompe nécessairement»⁸. La position du point d'équilibre est dans une large mesure le produit d'une détermination politique: rien qui ne ressemble à une quelconque loi historique de l'intégration juridique ou à une méta-valeur juridique, mais, au contraire, un choix des collectivités qui répond au contexte et est supposé refléter une pluralité de valeurs, d'intérêts et de calculs que l'intégration juridique est d'ailleurs supposée servir. Parmi ces valeurs, intérêts et calculs, on retrouve bien sûr ceux traditionnellement évoqués au soutien de la convergence des normes: la simplification des opérations pour les acteurs transnationaux, l'efficacité des économistes, le renforcement d'un marché plus vaste où règne une concurrence plus vigoureuse, l'atténuation de ce que Richard G. Lipsey, Daniel Schwanen et Ronald J. Wonnacott appellent les «frictions systémiques»⁹, la préoccupa-

8. P. LESLIE, «La gouverne de l'économie au sein d'intégrations économiques: les cas du Canada, de l'Union européenne et de l'Accord de libre-échange nord-américain», dans P. SOLDATOS et J.-C. MASCLET (dir.), *L'État-nation au tournant du siècle: les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet Université de Montréal, 1997, p. 45.
9. Ou «systems frictions». Voir R.G. LIPSEY, D. SCHWANEN et R.J. WONNACOTT, *The NAFTA – What's In, What's Out, What's Next, Policy Study 21*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1994, p. 7, citant S. OSTRY, *Governments and Corporations in a Shrinking World*, New York, Council on Foreign Relations, 1990. Plusieurs litiges commerciaux internationaux résulteraient ainsi de différences entre les systèmes et les politiques qui régissent les activités économiques et sociales. Des frictions systémiques dans la gestion des ressources naturelles ou dans la protection de l'environnement ont effectivement produit des litiges commerciaux internationaux. On donnera à titre d'exemple le contentieux épique et interminable du bois d'œuvre entre le Canada et les États-Unis (pour une présentation synthétique de la saga du bois d'œuvre, voir B. LINDSEY, M.A. GROOMBRIDGE et P. LOUNGANI, *Nailing the Homeowner – The Economic Impact of Trade Protection of the Softwood Lumber Industry*, étude numéro 11, The Cato Institute's Center for Trade Policy Studies, Washington, D.C., 6 juillet 2000, p. 2-4), le différend sur le thon dont a été saisi le GATT à deux reprises et qui opposait les États-Unis et le Mexique (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation du thon*, DS21/R, 3 septembre 1991, non adopté et Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin 1994, non adopté) et le litige traité par l'Organisation mondiale du commerce *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, WT/DS58/R; rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R).

tion de contenir le nivellement par le bas des cadres normatifs ou encore, la promotion de principes ou de règles universellement reconnus. Ce jeu de valeurs rattachées à la promotion de l'ensemble doit cependant être mis en balance avec d'autres considérations, celles-là favorables à l'autonomie des unités. C'est ainsi qu'on attribuera une valeur démocratique à l'autonomie des unités, Cappelletti, Secombe et Weiler allant jusqu'à assimiler cette autonomie à un droit collectif des minorités¹⁰. Dans cette mouvance, pourra également être valorisée pour elle-même la diversité juridique, vue comme un prolongement de la diversité culturelle, ou la dimension identitaire du droit, si celui-ci est perçu comme un trait de l'identité ou du cheminement historique du groupe social associé à l'unité¹¹. Enfin, des théoriciens soutiennent que la concurrence des systèmes normatifs serait dans plusieurs cas bénéfique car elle secréterait dynamisme et innovation dans l'élaboration, l'actualisation ou l'application des normes¹².

-
10. *Supra*, note 3, p. 7: «[i]n the same way that most constitutions protect certain minority individual rights against majoritarian tyranny, so the principle of unit autonomy could be characterized as a minority collective right».
11. Signalons ainsi, à titre d'illustration, que plusieurs Canadiens, surtout au Canada anglais, considèrent le dispositif de sécurité sociale qui existe dans ce pays, y compris son volet juridique, comme un élément important de l'identité canadienne et un trait collectif par lequel le Canada se démarquerait de son voisin du sud. Voir ainsi M. ROY, «La valeur des symboles, le poids de la réalité» *La Presse* [de Montréal] (14 août 2000) B2: «... le symbole de l'identité canadienne, largement liée à l'accès universel à une médecine publique». De son côté, la société québécoise attache au droit civil qui la régit une valeur identitaire: voir notamment à ce sujet J.Y. MORIN et J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec – du régime français à nos jours*, tome 1, Montréal, Les Éditions Thémis, 1994, p. 47-48, et surtout S. NORMAND, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil», (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 560. Dans ce dernier article, remarquable, l'auteur s'attache à démontrer que pendant l'entre-deux-guerres, la sauvegarde de l'intégrité du droit civil constituait un thème dominant de la pensée juridique au Québec et que cette préoccupation s'alimentait à même la conviction que la préservation du droit civil était essentielle, à l'instar de la langue française et de la foi catholique, à la survivance de la nation canadienne-française. Le professeur Normand cite notamment (p. 570) le juge Mignault (P.B. MIGNAULT, «L'avenir de notre droit civil», (1923) 1 *R. du D.* 104, p. 116): «Notre droit civil est ce que nous, de la province de Québec, avons de plus précieux après notre religion et notre langue. C'est un héritage que nous avons reçu de nos pères à charge de le conserver et de la rendre.»
12. Au Canada, cette thèse a été avancée pour le champ du droit des sociétés par le professeur Ron Daniels: R. DANIELS, «Should Provinces Compete? The Case for a Competitive Corporate Law Market», (1991) 36 *McGill L.J.* 130; voir également N. ROY, «Le fédéralisme canadien sous l'œil de la concurrence réglementaire – le cas des mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat», dans R. CRÉTE (dir.), *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, 253.

Il convient à ce stade de rappeler que le phénomène de l'intégration juridique ne doit pas être réduit à sa seule dimension économique. Certes, l'intégration juridique telle qu'elle s'est manifestée depuis la fin de la seconde guerre mondiale peut, dans une mesure appréciable, se concevoir comme la conséquence plus ou moins directe d'une pluralité d'expériences d'intégration économique, que celles-ci se déploient à l'échelle régionale (zone ALÉNA, par exemple) ou multilatérale (la dynamique d'intégration qui découle des Accords de l'*Organisation mondiale du commerce*, par exemple), dans un cadre transnational (l'Union européenne) ou intranational (les fédéralismes américain ou canadien). C'est principalement par le jeu de trois hypothèses que les théories de l'intégration économique proposent un mouvement de convergence des droits locaux. Premièrement, des obstacles non tarifaires peuvent se dissimuler dans l'hétérogénéité des appareils juridiques ou des dispositifs normatifs, de sorte que cette dernière pourrait, dans certains cas, agir comme un frein à la circulation internationale, transnationale ou intranationale des biens ou des services. La convergence des droits locaux aurait donc une incidence positive sur le volume des échanges commerciaux entre les unités de l'espace économique en cause; elle devrait également se traduire par un accroissement du niveau de concurrence au sein de celui-ci.

Deuxièmement, l'hétérogénéité des normes ou des systèmes juridiques introduirait des irritants ou des distorsions dans la répartition, l'organisation et l'emploi des facteurs de production. Elle perturberait les choix et décisions des opérateurs économiques en ce qui a trait à l'organisation des capacités productives à l'échelle de l'espace économique en cause; dans des hypothèses extrêmes, elle pourrait aller jusqu'à tronquer ou empêcher l'organisation de la production à cette échelle. La convergence des droits devrait donc générer de l'efficacité et cela, de par la constitution d'un environnement global où la prise de décision quant à la répartition, l'organisation et l'emploi des facteurs de production dépend surtout de critères économiques centrés sur la rentabilité, la réduction des coûts, la qualité et la productivité des facteurs de production, et n'est pas exagérément influencée par la lecture des avantages ou des inconvénients qu'un dispositif juridique procure par rapport à un autre.

Troisièmement, la convergence des droits s'imposerait comme un antidote à la dynamique de nivellement par le bas des

cadres normatifs qu'engendrerait, selon une certaine école de pensée, la libéralisation du commerce et une plus grande liberté de circulation des facteurs de production. «Race for the bottom» disent les anglo-saxons: selon ce scénario, les pressions concurrentielles résultant de la menace des importations de produits moins coûteux ou dont la fabrication est soumise à de la réglementation plus laxiste, ou répondant à la migration effective ou anticipée des facteurs de production vers des endroits où des cadres normatifs moins sévères font miroiter aux opérateurs davantage de profits, entraînent un abandon ou un affaiblissement de la réglementation dans les territoires où elle est la plus exigeante. Les thèmes du «dumping social» et du «dumping écologique» appartiennent à cette logique du nivellement par le bas des cadres normatifs que la convergence des dispositifs juridiques chercherait à contrer par l'établissement de normes communes situées à des niveaux supérieurs à ceux qu'arrêterait le libre jeu des forces du marché.

Mais toutes ces considérations, liées essentiellement à la problématique de la constitution et du fonctionnement d'un espace économique, n'épuisent pas l'éventail des inspirations de l'intégration juridique. Celle-ci n'est pas sans se manifester à l'extérieur des entreprises d'intégration économique. Elle s'appuie alors sur l'identification et la promotion de valeurs communes, voire de valeurs universelles qui s'imposent de par leur nature à tous les genres. Le corpus juridique qui s'est édifié autour de la défense des droits de la personne, notamment par l'entremise de conventions multilatérales, d'instruments régionaux ou par le recours au droit comparé représente une manifestation puissante d'intégration juridique¹³ qui n'est pas vassalisée, sur le

13. Dans l'affaire du *Renvoi relatif au Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson a mis en évidence cette dynamique d'intégration juridique en reconnaissant que le droit international et le droit comparé peuvent s'insérer dans un exercice d'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11): «[...] il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La *Charte* est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne – les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi-judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles

plan des motivations et des objectifs, à des calculs propres à la constitution ou au fonctionnement d'un espace économique.

B- Des déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné

De l'infrastructure juridique qui fonde et organise un espace économique découle un certain nombre de vecteurs qui déterminent, dans une certaine mesure, le degré d'intégration juridique de l'espace économique en cause. À ces déterminants endogènes s'ajoutent des facteurs exogènes, c'est-à-dire des éléments qui contribuent à l'intégration juridique ou l'alimentent sans pour autant avoir pour origine cette infrastructure. Nous qualifierons d'intégration juridique spontanée ce type d'intégration juridique dont la genèse se situe à l'extérieur de l'infrastructure juridique qui organise formellement un espace économique. L'intégration juridique spontanée s'oppose à l'intégration juridique structurelle, celle-ci ayant pour cause des rouages ou des logiques inhérents à cette infrastructure. Décentralisée, l'intégration juridique spontanée résulte d'un éventail diversifié de dynamiques, souvent associées à la pression du marché et de ses agents. Il serait sans doute légitime d'avancer que l'intégration juridique spontanée présente un

coutumières – doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.

En particulier, la similarité entre les principes généraux et les dispositions de la *Charte* et ceux des instruments internationaux concernant les droits de la personne confère une importance considérable aux interprétations de ces instruments par des organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le Bill of Rights ou ceux des tribunaux d'autres ressorts sont pertinents et peuvent être persuasifs. L'importance de ces instruments pour ce qui est d'interpréter la *Charte* va au-delà des normes élaborées par des organes décisionnels en vertu de ces instruments et touche ces instruments mêmes. [...]

En outre, le Canada est partie à plusieurs conventions internationales sur les droits de la personne qui comportent des dispositions analogues ou identiques à celles de la *Charte*. Le Canada s'est donc obligé internationalement à assurer à l'intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la *Charte*. Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la *Charte*. [...]

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la *Charte*, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.»

S'il est vrai que le juge en chef Dickson rédigeait une opinion dissidente, il n'a pas été désapprouvé par la majorité sur ce sujet.

rapport avec la transnationalisation du droit et avec la perte de maîtrise des États sur l'élaboration du droit au bénéfice des opérateurs privés, deux épiphénomènes associés tant à la mondialisation des échanges commerciaux qu'à leur continentalisation, dans le cas spécifique de l'ALÉNA¹⁴.

L'intégration juridique spontanée est susceptible d'être présente en quantité et en qualité significatives si les unités partagent une culture juridique commune ou sont dotées d'institutions juridiques résultant d'un même cheminement historique ou d'évolutions parallèles; ou encore, si, en raison d'un environnement commun, les unités sont confrontées à des questionnements ou à des difficultés semblables, qui les incitent à recourir au droit comparé¹⁵. Également, le poids ou l'asymétrie des rapports économiques peuvent influencer le niveau d'intégration juridique spontanée en provoquant des phénomènes d'induction juridique. Prenons le cas d'un État A dont le principal débouché à l'exportation est l'État B et dont un segment important de l'appareil économique est possédé par des investisseurs étrangers, ressource

14. D. MOCKLE, «Mondialisation et État de droit», (2000) 41 *C. de D.* 237, p. 274-276. L'auteur décrit le phénomène de transnationalisation du droit en ces termes (p. 276):

«La transnationalisation touche l'utilisation des techniques contractuelles, le règlement des litiges par l'introduction de solutions de rechange et l'élaboration des normes suivant des exigences qui ne sont plus celles du droit. La transformation du droit emprunte alors aux couleurs de l'«alternativisme» puisque tout semble désormais possible en vue d'élaborer des circuits de réglementation et de règlement des conflits qui soient indépendants des droits nationaux. C'est ici que se cristallise le plus l'idée d'un «droit sans frontières» où la dimension territoriale n'est plus pertinente.»

15. À titre exemplatif, signalons que, dans le domaine du droit des valeurs mobilières, la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur des précédents américains pour élaborer les critères définitionnels du concept de «contrat d'investissement». Elle reconnaissait ainsi une autorité persuasive aux principes jurisprudentiels américains dans le contexte du droit des valeurs mobilières canadien. Voir *Pacific Coast Coin Exchange c. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 R.C.S. 112, en particulier le passage suivant de l'opinion du Juge en chef Laskin (p. 116-117):

«Les tribunaux canadiens, aux prises avec des problèmes similaires d'interprétation et d'application, ont estimé utiles les décisions des tribunaux américains beaucoup plus nombreuses dans ce domaine; c'est ainsi que pour décider si les appelantes faisaient le commerce de valeurs mobilières en concluant des conventions de compte sur marchandises avec leurs clients, les tribunaux d'instance inférieure ont examiné et appliqué en l'espèce le critère *Howey* (énoncé dans *Securities and Exchange Commission v. Howey*) et le critère *Hawaii* (énoncé dans *Hawaii Commissioner of Securities v. Hawaii Market Centre Inc.*) (notes omises).»

Le juge Laskin inscrivait certes une opinion dissidente, mais sur ce point précis la majorité et lui s'accordent.

tissants de l'État B: il ne faudra sûrement pas s'étonner si l'État A, sous les pressions anonymes du marché, de celles externes issues de l'État B ou de celles de ses propres opérateurs qui cherchent à faciliter les rapports économiques avec le principal partenaire, cède au mimétisme juridique, avec l'État B comme modèle; les pratiques des agents privés, notamment contractuelles, suivies chez B sont aussi susceptibles de s'étendre à A¹⁶.

Enfin, et sans que cela ne clôture la liste, signalons comme autre facteur exogène le degré de dirigisme des droits locaux

-
16. Dans ce registre, il est intéressant de noter que les réformes des lois sur les sociétés par actions engagées au palier fédéral et dans la plupart des provinces canadiennes à partir des années 70 ont été fortement influencées par le *Model Business Corporate Act* rédigé par un comité de l'*American Bar Association* (pour une version récente de cette loi-modèle, voir *American Bar Association, Revised Model Business Corporation Act 1984*, avec suppléments (4 volumes)) de même que par les lois des États américains prépondérants en matière de droit des sociétés (New York, Californie, Delaware): J.S. ZIEGEL, R.J. DANIELS, J.G. MACINTOSH et D.L. JOHNSTON, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3^e édition, tome 1, Scarborough, Carswell, 1994, p. 101. Comme l'écrit le Professeur Bruce Welling, aujourd'hui, «in most areas of corporate law, the path leads south ...» et «... corporate Canada has become strikingly American»: B. Welling, *Corporate Law in Canada – the Governing Principles*, 2^e édition, Toronto, Vancouver, Butterworths, 1991 p. 73. Voir également J.H. Farrar, «The New Financial Architecture and Effective Corporate Governance», (1999) 33:4 *The International Lawyer* 927, p. 937: «Canada, since the 1970s, has been influenced increasingly by U.S. corporate law ideas. The U.S. influence on the Ontario reforms of the 1970s and the subsequent Dickerson Report, which led to the Canada Business Corporations Act, was strong.» Dans cet ordre d'idée, le juge Montgomery écrit dans *Re Olympia and York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2) 254 (Div. Ct.), p. 262: «It is clear that the regulatory climate of takeovers is more closely controlled in Canada and in United States than it is in England. For that reason American cases appear to be of greater assistance.» Par ailleurs, on assisterait à du mimétisme contractuel dans l'industrie télévisuelle et cinématographique où se serait développée, au Québec et au Canada, une pratique consistant à rédiger des conventions en les copiant sur des modèles américains: «Ce phénomène d'influence de rédaction américaine dans des conventions sujettes (sic) au droit québécois et canadien est très fréquent dans le secteur de la production en langue anglaise. Il existe au Québec un contingent important de tournages en langue anglaise qui sont effectués par des compagnies de production québécoises. De plus, ces influences américaines ne sont pas totalement absentes des conventions rédigées en langue française, souvent parce que le rédacteur de la convention a copié et traduit un modèle américain.» Voir S. PLANTE, «L'emploi abusif de références au droit d'auteur américain dans les contrats de l'industrie télévisuelle et cinématographique québécoise», dans N. CHALIFOUR et M.A. BLANCHARD (dir.), *Développements récents en droit du divertissement*, vol. 133, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 37, p. 42. L'auteure est cependant très critique à l'égard de cette pratique en raison des différences entre les droits américain et canadien en ce qui concerne la titularité du droit d'auteur.

impliqués. Des systèmes locaux qui comportent de nombreuses règles impératives et qui font peu de place au droit supplétif présentent un potentiel d'intégration juridique spontanée moindre que des cadres juridiques souples qui donnent aux opérateurs une grande latitude pour organiser leurs rapports juridiques.

L'intégration juridique spontanée n'est pas à négliger: on peut vraisemblablement expliquer par ce concept le degré relativement élevé d'intégration juridique qui existait entre les États-Unis et le Canada avant l'entrée en vigueur de l'ALÉ, précurseur de l'ALÉNA. En fait, d'aucuns iraient sans doute jusqu'à soutenir que l'intégration juridique actuelle entre le Canada et les États-Unis est davantage spontanée qu'attribuable à des facteurs intrinsèquement liés à l'instrument juridique ALÉNA. Celui-ci aurait, certes, accéléré les processus d'intégration spontanée – notamment en accentuant la dépendance économique du Canada à l'égard des États-Unis¹⁷ –, mais sans modifier fondamentalement la donne. Il est dommage que les influences respectives des mécanismes exogènes d'intégration spontanée et informelle, d'une part, et des mécanismes d'intégration structurelle inhérents à l'ALÉNA, d'autre part, s'avèrent difficiles à départager et à mesurer empiriquement. Quoi qu'il en soit, le sujet à traiter est davantage lié aux déterminants endogènes de l'intégration juridique ou, autrement formulé, à l'intégration juridique structurelle. On s'y intéressera donc à la faveur d'un développement principalement axé sur l'ALÉNA considéré de la perspective canadienne et articulé autour de ce qui nous semble être les quatre plus importantes dimensions de l'intégration juridique structurelle: le périmètre de l'intégration, sa profondeur, sa géométrie et, finalement, la pénétration de l'accord de base dans le droit interne.

17. Dans le quatrième examen de la politique commerciale du Canada par l'*Organe d'examen des politiques commerciales* (OEPC) de l'*Organisation mondiale du commerce* (OMC), celui-ci s'est inquiété de la vulnérabilité inhérente à l'accroissement de la dépendance du Canada à l'égard des États-Unis. Cette dépendance accrue serait en partie imputable à l'avènement du libre-échange entre les deux pays. La part des États-Unis dans le commerce du Canada représente environ quatre cinquièmes des exportations et deux tiers des importations de biens. Voir à ce sujet, *Organe d'examen des politiques commerciales, Canada – Évaluation de l'OEPC*, 19 novembre 1996, Press/TPRB/50 et *Les réformes menées par le Canada sur les plans intérieur et extérieur contribuent à asseoir l'expansion économique sur des bases plus solides*, 11 novembre 1996, Press/TPRB/48. Voir également M. DROHAN, «Dependency on U.S. leaves Canada 'vulnerable': WTO», *The Globe and Mail* [de Toronto] (20 novembre 1996) B6.

1- *Le périmètre de l'intégration juridique structurelle*

Par périmètre de l'intégration juridique structurelle, entendons les domaines qui se trouvent soumis, en raison de l'action de l'instrument qui fonde et organise l'espace économique, à des dynamiques de convergence ou d'ouverture. Il n'est pas déraisonnable de postuler que plus les domaines couverts par l'instrument à la base de l'espace économique sont nombreux et étendus, plus l'intégration juridique sera poussée. Sur le périmètre de l'intégration juridique structurelle propre à l'ALÉNA, il faut souligner que l'ALÉNA possède un champ d'application beaucoup plus vaste que les accords de libre-échange classiques, tels que définis à l'article XXIV: 8(b) du GATT¹⁸: il prévoit notamment des règles concernant l'investissement étranger, les services, le secteur financier, l'énergie, la propriété intellectuelle; élément novateur et qui n'était pas initialement sur la planche à dessin, des accords parallèles aboutés à l'ALÉNA établissent des normes – peu contraignantes, il est vrai – en matière d'environnement et de normes du travail¹⁹.

En particulier, le principe du traitement national s'applique à la prestation des services, sauf exception²⁰. Cette particularité du régime de l'ALÉNA relatif au commerce transfrontière des services contraste avec l'*Accord général sur le commerce des services* conclu dans le cadre de l'OMC, dans lequel le principe du traitement national est optionnel²¹. Par ailleurs, les règles spéciales s'appliquant au secteur énergétique limitent sensiblement la souveraineté du Canada, beaucoup plus, en tout état de cause, qu'elles ne limitent celle du Mexique, qui a pesamment insisté lors des négociations pour soustraire du champ d'application de l'ALÉNA les monopoles d'État sur le pétrole et le gaz naturel²². Sans entrer dans le détail de ce régime spécialisé, signalons que l'ALÉNA interdit l'imposition de prix minimaux à l'exportation des produits énergétiques et des produits pétrochimiques de base²³, qu'il prohibe également les taxes à l'exportation discrimi-

18. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 188, supp. n° 4, I.B.D.D. (1956).

19. *Infra*, notes 105 à 124 et texte correspondant.

20. ALÉNA, article 1202 pour le principe et article 1206 pour les réserves.

21. *Accord général sur le commerce des services*, article XVII, reproduit dans Secrétariat du GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, textes juridiques*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994.

22. ALÉNA, article 602.3 et annexe 602.3.

23. ALÉNA, article 603.2.

natoires²⁴ et qu'à son article 606 il est demandé à chacun des pays signataires de faire en sorte que les organismes de réglementation de l'énergie sur son territoire évitent, dans la mesure du possible, de perturber les relations contractuelles.

Parmi les règles atypiques figurant dans l'ALÉNA, ce sont celles du chapitre XI portant sur l'investissement qui sont les plus envahissantes. Le chapitre XI de l'ALÉNA va beaucoup plus loin que les règles du cadre multilatéral de l'OMC contenues dans l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*; le chapitre XI n'est pas sans rappeler, dans sa teneur et son esprit, le régime du projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI) négocié sous l'égide de l'OCDE et qui a finalement déraillé en 1998²⁵. Le chapitre XI de l'ALÉNA exerce une emprise sur l'exercice de la souveraineté principalement de trois façons. D'abord, l'obligation de traitement national y est posée en principe, ce qui empêche le Canada, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions et d'atténuations, de soumettre les investisseurs des États-Unis et du Mexique, ou leurs investissements, à des conditions moins favorables que celles sous lesquelles évoluent les ressortissants canadiens et leurs investissements²⁶. Deuxièmement, l'ALÉNA interdit aux Administrations de subordonner l'autorisation d'un investissement à des engagements commerciaux de la part de l'investisseur. L'interdiction de principe vise ainsi l'exécution d'engagements et de prescriptions concernant l'exportation, le contenu national, l'approvisionnement en produits nationaux ou auprès de fournisseurs nationaux, le volume et la valeur des importations, le transfert de technologie ou l'exclusivité de la distribution des produits ou des services découlant de l'investissement²⁷. Enfin, le couplage du mécanisme d'arbitrage obligatoire à la disposition de l'investisseur avec les normes matérielles du chapitre XI de l'ALÉNA, en particulier les protections conférées aux investisseurs étrangers dans les hypothèses de nationalisation, d'expropriation et d'opérations «équivalent à la nationalisation ou à expropriation» – ce dernier concept ne recevant pas de définition précise –, permettrait de contester l'exercice du pouvoir normatif de l'État: si l'on en croit les théories avancées par les requérants dans quelques affaires récentes

24. ALÉNA, article 604.

25. OCDE, «Informal Consultations on International Investment», communiqué de presse, Paris, 3 décembre 1998, disponible sur le site internet de l'OCDE, www.oecd.org/news_and_events/release/nw98-114a.htm.

26. ALÉNA, article 1102.

27. ALÉNA, article 1106.

ayant notamment mis en cause des réglementations environnementales, l'exercice du pouvoir normatif de l'État qui, de façon accessoire au but poursuivi, déprécie la valeur d'un investissement, équivaldrait à expropriation et devrait entraîner le versement d'une indemnité²⁸. Ironiquement, la position de l'investisseur étranger est à cet égard plus avantageuse que celle de l'investisseur autochtone, lequel ne possède pas de moyens juridiques de ce type pour faire reculer le pouvoir normatif de l'État.

La portée des principes d'inspiration libérale énoncés dans le corps de l'ALÉNA est cependant relativisée par un jeu d'exceptions. Pour l'essentiel, celui-ci repose sur un système d'annexes établissant des réserves spécifiques, les plus importantes du point de vue du Canada étant celles de l'annexe 1 portant sur les mesures existant au moment de la conclusion de l'ALÉNA de même

28. Voir notamment les prétentions des requérants dans les affaires *Ethyl Corp. c. Gouvernement du Canada* et *S.D. Myers c. Gouvernement du Canada*, résumées dans J.A. Soloway, «Environmental Regulation as Expropriation: the Case of NAFTA's Chapter 11», (2000) 33 *Canadian Business Law Journal* 92, p. 114-123. Signalons également la sentence arbitrale intérimaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada* (26 juin 2000, la version publique de la décision peut être consultée sur le site Internet du Ministère des Affaires extérieures et du Commerce international du Canada, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dispute-e.asp#chapter11>). Dans cette affaire, Pope & Talbot Inc., une société américaine dont la filiale canadienne fabrique du bois d'œuvre qu'elle exporte principalement vers les États-Unis, prétend que le dispositif canadien de mise en œuvre de l'Accord sur le bois d'œuvre contrevient à plusieurs dispositions du chapitre XI de l'ALÉNA. Au cours des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, l'industrie canadienne du bois d'œuvre avait été la cible aux États-Unis d'un barrage de procédures visant l'imposition de droits compensateurs. L'Accord sur le bois d'œuvre, à défaut de constituer un règlement définitif du différend canado-américain sur le bois d'œuvre, installait une trêve jusqu'au 31 mars 2001. Cette entente signée par les États-Unis et le Canada le 29 mai 1996 prévoit pour les exportations de bois d'œuvre en provenance des provinces de Colombie-britannique, de l'Alberta, de l'Ontario et du Québec des seuils au-dessus desquels les exportateurs paient des droits spéciaux au gouvernement du Canada. Dans une décision intérimaire, le tribunal arbitral exprime l'opinion qu'une réglementation non discriminatoire «that might be said to fall within an exercise of a state's so-called police powers» (paragraphe 96) entre dans le champ d'application de l'article 1110 de l'ALÉNA (lequel pose des règles en matière d'expropriation et de nationalisation) et est susceptible d'être assimilée à une mesure équivalant à l'expropriation d'un investissement. Le Tribunal ajoute cependant que, pour conclure qu'une telle réglementation équivaut à expropriation, celle-ci doit avoir un effet inhibitif substantiel sur l'entreprise en cause (paragraphe 102: «... the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been «taken» from the owner.»). Or, ce n'est pas le cas en l'espèce: le dispositif canadien de mise en œuvre de l'Accord sur le bois d'œuvre n'est pas à ce point restrictif pour les activités commerciales de la filiale de Pope & Talbot Inc. qu'il équivaut à une expropriation.

que les réserves de l'annexe 2 dont la fonction est de préserver l'exercice ultérieur de la souveraineté. En outre, l'ALÉNA se singularise par l'exception culturelle qui y figure²⁹. Celle-ci n'est cependant pas parfaitement étanche: si, en principe, les industries culturelles sont exemptées des dispositions de l'ALÉNA, il n'en demeure pas moins qu'une partie à l'ALÉNA qui subit une intervention incompatible avec cet accord, si ce n'était du jeu de l'exception dont bénéficient les industries culturelles, peut, en réaction, prendre unilatéralement des mesures ayant un effet commercial équivalent à celui de l'intervention en cause³⁰.

2- La profondeur de l'intégration juridique

Comme cela a été évoqué plus haut, c'est à la fois par l'ouverture des espaces nationaux permise par les règles et par la convergence des règles que le degré d'intégration juridique se mesure. Insistant davantage sur le facteur convergence que sur le facteur ouverture, nous proposons une échelle à cinq niveaux pour rendre compte de la profondeur de l'intégration juridique. Par ordre croissant de degré, ces niveaux se présentent ainsi: 1) l'intégration par le marché; 2) le traitement national; 3) la reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes; 4) l'établissement de normes processuelles communes; 5) l'établissement de normes matérielles communes.

a) L'intégration par le marché

Il s'agit du niveau le plus élémentaire d'intégration juridique. Par des contraintes négatives qui découlent principalement de traités internationaux, les États acceptent de limiter leurs capacités d'interventions de manière à produire une plus grande fluidité dans la circulation des biens, des services, de la main-d'œuvre ou du capital. Ces contraintes négatives élargissent l'espace à la disposition des opérateurs du marché et accentuent ainsi le rôle de la pratique juridique privée comme mode opéra-

29. L'annexe 2106 de l'ALÉNA reconduit par renvoi la clause d'exemption culturelle de l'ALÉ (article 2005 de l'ALÉ) que le Canada avait péniblement arrachée aux États-Unis au moment de négociation de ce dernier.

30. En outre, l'affaire *Canada - Certaines mesures concernant les périodiques* (WT/DS31, Rapport du Groupe spécial et WT/DS31/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, Rapport de l'Organe d'appel et Rapport du Groupe spécial tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel adoptés par l'Organe de règlement des différends le 30 juillet 1997) a révélé qu'il était possible de court-circuiter l'exception culturelle de l'ALÉNA au moyen d'un recours intenté dans le cadre de l'*Organisation mondiale du commerce*.

tionnel de l'intégration juridique. Par exemple, si, en raison d'un accord d'intégration économique, il est plus difficile pour un État d'intervenir pour encadrer ou tamiser l'investissement étranger, davantage de fusions ou d'acquisitions transfrontières devraient se réaliser. Toutes choses égales d'ailleurs, les opérateurs transnationaux résultant de telles opérations glisseront naturellement vers l'uniformisation de leurs pratiques juridiques, ce qui aura un impact intégrateur indirect sur le droit.

b) *Le traitement national*

Le principe du traitement national impose une contrainte de non-discrimination sur l'exercice de la souveraineté. Il empêche ainsi un État d'édicter ou d'appliquer des normes qui auraient pour but ou pour conséquence de soumettre «l'étranger» à un traitement moins favorable que celui accordé au national, «l'étranger» et le «national» recevant des définitions qui varient selon la formulation du principe du traitement national et le contexte dans lequel il est posé. Il faut voir dans le principe du traitement national une intégration juridique minimaliste. Nous réaliserons plus avant que le principe du traitement national, par le domaine étendu qu'il occupe dans l'ALÉNA, se profile comme une articulation majeure de son régime juridique.

c) *La reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes*

Sur ce mode, chacun des membres de l'espace économique s'engage à accepter sur son territoire les normes édictées par les autres membres³¹. Si cette forme d'intégration juridique n'implique pas, par essence, d'entreprise formelle et commandée d'harmonisation ou de rapprochement, elle suppose néanmoins la plupart du temps, comme condition préalable, que les écarts de niveau ou de qualité des normes entre les divers membres ne sont pas trop marqués, ou encore, que la reconnaissance mutuelle ou

31. Sur la reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes, voir notamment K. NICOLAODIS, «Mutual Recognition of Regulatory Regimes: Some Lessons and Prospects», Working Paper, Harvard Law School, The Jean Monnet Chair, 1997, http://www.law.harvard.edu/programs/Jean_Monnet/papers/97/97-07.html. Kalypso Nicolaodis définit la reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes comme «a *contractual norm* between governments whereby they agree to the transfer of regulatory authority from the host country (or jurisdiction) where a transaction takes place, to the home country (or jurisdiction) from which a product, a person, a service or a firm originate (jurisdictions are generally sovereign states but they can also be sub-national units in federal entities)» (paragraph 3).

réciproque des normes s'accompagne d'un effort déployé de façon plus ou moins formelle visant la convergence de celles-ci. Autrement, le ou les membres dont les normes sont les plus exigeantes seront bien peu disposés à faire l'intégration juridique sur une telle base de peur que les opérateurs économiques ne se déplacent vers le territoire de l'autorité la plus laxiste et que cette migration – ou son appréhension – n'engendre une dynamique de nivellement vers le bas des cadres normatifs.

Le mode de la reconnaissance mutuelle ou réciproque occupe une place secondaire, voire marginale, dans l'ALÉNA³². Ainsi, l'annexe 1210.5 portant sur les services professionnels dispose, notamment, que les membres de la zone ALÉNA «encourageront les organismes compétents sur leurs territoires respectifs à élaborer des normes et des critères mutuellement acceptables relativement à l'autorisation d'exercer et à la reconnaissance professionnelle des fournisseurs de services professionnels, et à présenter... des recommandations visant la reconnaissance mutuelle». Voilà un engagement timide: à la lumière de la distinction établie par un Groupe spécial dans l'*Affaire de la réglementation de Porto Rico sur l'importation, la distribution et la vente de lait U.H.T. du Québec*³³ entre obligations de résultat et obligations de moyen, ces dernières se révélant peu contraignantes pour les parties à l'ALÉNA, il y a lieu de se demander si cet énoncé n'est autre chose que l'expression de vœux sincères, sans réelle implication juridique. Plus intéressantes sont sans doute ces règles relatives aux obstacles techniques au commerce et aux mesures sanitaires et phytosanitaires qui mettent en évidence le concept d'équivalence. Selon le paragraphe 714(2), tout membre importateur de la zone ALÉNA devra accepter comme équivalente une mesure sanitaire ou phytosanitaire adoptée ou maintenue par un membre exportateur qui, dans un esprit de coopération, fournira une preuve scientifique ou toute autre information, en conformité avec les méthodes d'évaluation des risques convenues entre les membres, démontrant objectivement que la mesure du membre exportateur permet d'atteindre le niveau approprié chez le membre importateur. Le membre importateur aura toutefois la possibilité d'établir, sur la foi de preuves scientifiques, que la mesure en cause ne permet pas d'atteindre le niveau de protection

32. Pour une critique de l'emploi du procédé de la reconnaissance mutuelle ou réci-proque dans l'ALÉNA, voir NICOLAODIS, *ibid.*, par. 39.

33. Rapport final du groupe spécial, 3 juin 1993, numéro de dossier du Secrétariat: USA-93-1807-01 [ALÉ-94-101] notamment aux paragraphes 5.23, 5.28 et 5.51.

qu'il aura fixé³⁴. Il devra alors fournir au membre exportateur, sur demande, une justification écrite de sa détermination³⁵. Une mesure similaire joue pour les obstacles techniques au commerce: selon le paragraphe 906(4), tout membre importateur devra accepter comme équivalent un règlement technique adopté ou maintenu par un membre exportateur qui, dans un esprit de coopération, démontre de façon certaine que son règlement technique répond aux objectifs légitimes du membre importateur. Si le membre importateur n'accepte pas un règlement technique comme équivalent, il doit faire connaître au membre exportateur, sur demande et par écrit, les raisons qui justifient sa décision³⁶. Il pourra être reproché à ces règles de s'arrêter à mi-chemin; en effet, l'ALÉNA ne tire pas explicitement la conséquence logique du caractère équivalent d'un règlement technique ou d'une mesure sanitaire ou phytosanitaire, soit la reconnaissance automatique de la valeur de la norme équivalente du membre exportateur sur le territoire du membre importateur. La décision d'un Groupe spécial constitué en vertu du chapitre XVIII de l'ALÉ dans l'*Affaire de la réglementation de Porto Rico sur l'importation, la distribution et la vente de lait U.H.T. du Québec*³⁷, déjà évoquée, suggère néanmoins qu'une interdiction d'importer un produit découlant du défaut par les autorités du membre importateur de reconnaître une norme équivalente édictée par le membre exportateur pourra être assimilée à une action annulant et compromettant les avantages auxquels le membre exportateur est en droit de s'attendre en vertu de l'ALÉNA, donnant ainsi ouverture à un recours sur la base de l'article 2004 et de l'annexe 2004 de l'ALÉNA.

Parmi les quelques entreprises nord-américaines de reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes, le *Régime d'information multinational*³⁸ mis en place dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières au début des années quatre-vingt-dix se révèle une des plus significatives. Le RIM résulte d'une initiative conjointe des autorités canadiennes en valeurs mobilières et de la *Securities Exchange Commission* américaine (SEC); il vise à réduire la double réglementation en ce

34. ALÉNA, article 714(2)(b).

35. ALÉNA, article 714(2)(c).

36. ALÉNA, article 906(5). Également, la reconnaissance mutuelle et réciproque des procédures d'évaluation de la conformité des produits ou services aux règlements techniques et autres normes visées par le chapitre IX de l'ALÉNA est encouragée: ALÉNA, articles 906(6), 906(7) et 908(6).

37. *Supra*, note 33.

38. [ci-après le RIM].

qui a trait, notamment, aux placements de valeurs mobilières, aux offres publiques d'achat ou d'échange de titres, aux opérations de regroupement transfrontières et à l'information continue. En particulier, le RIM permet aux sociétés américaines qui remplissent certains critères d'admissibilité de faire des placements de valeurs mobilières au Canada en utilisant des documents d'information établis conformément aux lois américaines, avec quelques renseignements supplémentaires pour le Canada. Du côté américain, des avantages similaires sont accordés aux sociétés canadiennes qui peuvent ainsi faire des placements de valeurs mobilières aux États-Unis en s'appuyant sur la réglementation canadienne. Au Canada, c'est l'instruction générale C-45 qui sert de fondement juridique au RIM³⁹. Il est à signaler que le RIM se présente comme une forme d'intégration juridique spontanée. En effet, le RIM est indépendant de l'ALÉNA; reposant sur des ententes administratives conclues entre les autorités canadiennes en valeurs mobilières et la SEC, il se situe à l'extérieur du cadre de l'ALÉNA.

d) *Des normes communes ou rapprochées*

L'établissement de normes communes et le rapprochement des normes représentent la forme d'intégration juridique la plus poussée. La norme commune ou rapprochée peut résulter de processus de diverses natures: intégration juridique spontanée résultant d'un phénomène de mimétisme attribuable à l'asymétrie d'un rapport ou conséquence d'un cheminement historique commun, conventions multilatérales, déploiement du pouvoir normatif du palier central dans un système fédératif, entreprises d'harmonisation ou de rapprochement des législations comme celles envisagées aux articles 94 à 97 du *Traité instituant la Communauté européenne*⁴⁰, pour faire état des types de processus les plus significatifs. L'objet du processus d'harmonisation ou de rapprochement peut être autant une norme matérielle qu'une norme processuelle.

39. Instruction générale C-45, reproduite dans M. THÉRIAULT et P. FORTIN, *Droit des valeurs mobilières au Québec*, volume 1, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel Ltée, 1992 (avec mise à jour), p. D-205 à D-240. Pour une brève présentation du RIM, examiné d'une perspective canadienne, on pourra consulter D. JOHNSTON et K.D. ROCKWELL, *Canadian Securities Regulation*, 2^e éd., Toronto et Vancouver, Butterworths, 1998, p. 319-321.

40. *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 17, tel qu'il a été modifié (devenu le *Traité instituant la Communauté européenne*), reproduit dans *Joly Communautaire*, Joly Éditions, tome 1 (ex-articles 100, 100A, 101 et 102).

L'harmonisation ou le rapprochement normatif dans l'espace ALÉNA sont fort modestes en comparaison avec ce à quoi on assiste au sein des Communautés européennes. À cet égard, il y a entre l'ALÉNA et les Communautés européennes, plus qu'une différence de degré, une différence de nature. L'entreprise d'harmonisation ou de rapprochement normatif portée par l'ALÉNA ressemble en termes de qualité et d'étendue à ce que les Accords de l'*Organisation mondiale du commerce* issus de la ronde Uruguay ont produit. Rien d'étonnant puisque les deux négociations se sont chevauchées et se sont réciproquement influencées; les Américains, en particulier, voyaient à l'époque l'ALÉNA comme une espèce de banc d'essai pour le cadre multilatéral, tant en ce qui concerne les règles relatives au commerce que celles se rapportant à l'investissement. L'ALÉNA ne lance donc pas de véritable chantier d'harmonisation ou de rapprochement des normes matérielles, sauf peut-être en matière de propriété intellectuelle où la convergence du droit matériel passe principalement par un renvoi aux principales conventions multilatérales sur la propriété intellectuelle, tout comme dans le système OMC du reste. En particulier, il incombe à chacune des parties à l'ALÉNA, conformément à l'article 1711, d'assurer à toute personne les moyens juridiques d'empêcher la divulgation des secrets commerciaux. Non seulement peut-on associer l'article 1711 à la convergence de normes matérielles, mais encore cette disposition constitue-t-elle un point de contact entre l'ALÉNA et le droit civil du Québec, lequel fournit dans cette province canadienne l'essentiel des principes régissant les secrets commerciaux. À l'extérieur du champ de la propriété intellectuelle, l'effort d'harmonisation et de convergence des normes matérielles se réduit à trois points principaux: premièrement, il est demandé aux parties à l'ALÉNA d'établir leurs mesures sanitaires et phytosanitaires de même que leur mesures normatives sur la base des normes internationales⁴¹, l'exigence étant par ailleurs couplée à des atténuations qui font des instruments internationaux en question un plancher normatif⁴²; deuxièmement, des comités et des sous-comités sont créés afin de travailler sur la compatibilité des mesures normatives dans les télécommunications⁴³ et le secteur automobile⁴⁴, de même que sur l'harmonisation, et éventuellement l'uniformisation, de l'étique-

41. ALÉNA, articles 713(1) et 905(1).

42. ALÉNA, articles 713(3) et 905(3).

43. ALÉNA, annexe 913.5.a-2.

44. ALÉNA, annexe 913.5.a-3.

tage des produits textiles et des vêtements⁴⁵; troisièmement, il est sans doute permis de soutenir que le paragraphe 1114(2) participe – par la négative et de manière fort indirecte, il est vrai – à une dynamique de convergence des normes matérielles et cela, en posant «qu’il n’est pas approprié d’encourager l’investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l’environnement» et que chacune des parties à l’ALÉNA «ne devrait pas renoncer ou déroger, ni offrir de renoncer ou de déroger à de telles mesures, dans le dessein d’encourager l’établissement, l’acquisition, l’expansion ou le maintien d’un investissement d’un investisseur sur son territoire». Il semble toutefois qu’un manquement au paragraphe 1114(2) ne donnerait pas ouverture au mécanisme général de règlement des différends du chapitre XX et à d’éventuelles mesures compensatoires puisque, d’une part, la prescription au cœur de la disposition est rédigée au conditionnel («... ne devrait pas...») et, d’autre part, la finale du paragraphe suggère que la conséquence juridique d’un encouragement à l’investissement offert par une partie à l’ALÉNA et visé par la disposition est la possibilité pour toute autre partie à l’ALÉNA de demander la tenue de consultations «en vue... d’éviter qu’un tel encouragement soit accordé».

En somme, l’entreprise d’harmonisation ou de rapprochement du droit matériel qui se dégage de l’ALÉNA est à peine perceptible; elle passe principalement par le renvoi à des conventions multilatérales ou à des normes techniques faisant l’objet d’une reconnaissance internationale. L’ALÉNA apparaît davantage structurant à l’égard des normes processuelles, surtout si l’on reconnaît à cette expression une acception large. À telle enseigne que l’on serait sans doute tenté d’affirmer que l’ALÉNA véhicule, à sa manière, une certaine conception de l’État de droit, axée sur la transparence, l’autonomie et la valeur fonctionnelle des processus; si un mouvement de convergence normative se dessine dans l’ALÉNA, c’est à cette conception qu’il se rattache. Que ce soit à l’égard de l’épineuse question de la réglementation des aides gouvernementales et du dumping, ou face à ces enjeux sensibles qui naissent des rapports entre, d’une part, le commerce international et, d’autre part, la protection de l’environnement et les droits des travailleurs, les avancées du système ALÉNA misent davantage sur les processus, la piste de la convergence des normes matérielles, bien que sans doute préférable, s’étant avérée impraticable.

45. ALÉNA, annexe 913.5.a-4, article 3.

Nous reviendrons sur ces sujets à la faveur de la seconde partie. Faisons état, pour le moment, de quelques autres manifestations, moins stratégiques, de cette préoccupation à l'endroit de la convergence des processus. Le paragraphe 606(2) s'applique aux mesures de réglementation de l'énergie; il innove en invitant les parties à l'ALÉNA à faire en sorte que les organismes de réglementation de l'énergie «évitent de perturber les relations contractuelles» et «veillent à la mise en œuvre ordonnée et équitable» des mesures de réglementation de l'énergie». L'article 1802 introduit des exigences d'accessibilité et de transparence quant aux lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale concernant toute question visée par l'ALÉNA. On retrouve à l'article 1804 un condensé de principes de justice naturelle devant animer toute procédure administrative relative à des sujets visés par l'ALÉNA tandis que l'article 1805 garantit, dans le cadre de l'appareil judiciaire, quasi judiciaire ou administratif de la partie en cause, un droit d'appel ou un droit au réexamen à l'égard de toute décision administrative finale portant sur un de ces sujets. Il est également mentionné à l'article 1805 que les tribunaux ou instances saisis en appel ou chargés du réexamen «seront impartiaux et indépendants du bureau ou de l'organisme chargé de l'application des prescriptions administratives, et ils n'auront aucun intérêt substantiel dans l'issue de la question en litige». Des garanties procédurales plus détaillées et spécifiques sont par ailleurs établies quant à l'administration des mesures de sauvegarde⁴⁶ et à la passation des marchés publics⁴⁷, alors que les parties à l'ALÉNA – en particulier, le Mexique – conviennent de modifier leurs législations nationales sur les droits anti-dumping et les droits compensateurs de manière à ce qu'elles comportent des normes minimales sur les plans de la transparence des processus et des garanties procédurales⁴⁸. Enfin, conformément à

46. ALÉNA, article 803 et annexe 803.3; dans cette veine, voir l'*Affaire des mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en pailles de sorgho du Mexique*, Rapport final du groupe spécial, 30 janvier 1998, numéro de dossier du Secrétariat: USA-97-2008-01; il y fut constaté que la détermination des autorités américaines quant à la définition de la «branche de production nationale» touchée par les importations mexicaines allait à l'encontre de l'article 803(3) de l'ALÉNA et du paragraphe 12 de l'annexe 803.3 de l'ALÉNA et cela, parce que cette détermination n'était pas dûment motivée et suffisamment expliquée (paragraphe 71 à 78).

47. ALÉNA, articles 1008 à 1017 et article 1019.

48. ALÉNA, annexe 1904.15; «NAFTA implements important procedural changes to Mexican Trade Law to ensure that the practices are comparable to those in both Canada and the United States»: D. LEMIEUX et A. STUHEC, *Review of Administrative Action Under NAFTA*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 57.

l'article 2022, les parties à l'ALÉNA s'engagent à mettre en place «des procédures appropriées pour veiller à l'application des ententes d'arbitrage et pour assurer la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales rendues dans de tel cas». Une procédure sera réputée appropriée si elle est conforme à la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*⁴⁹ ou à la *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*⁵⁰.

3- La géométrie: intégration juridique centrée ou diffuse

Au sein d'un espace économique, l'existence d'institutions centrales dotées d'un pouvoir normatif s'appliquant à la grandeur de cet espace contribue à l'intégration juridique. Aussi importe-t-il de distinguer des structures qui comportent un centre capable de promouvoir l'intégration juridique par l'exercice de pouvoirs normatifs – les Communautés européennes, les fédéralismes canadien et américain, par exemple – de celles où le centre, s'il y en a un, ne joue qu'un rôle négligeable sur le plan normatif. À l'intérieur des espaces économiques de ce dernier type, l'intégration juridique est forcément plus déstructurée, diffuse.

C'est d'intégration juridique diffuse qu'il s'agit au sein de l'ALÉNA. En effet, le principal centre institutionnel qui y est créé – la *Commission du libre-échange* – n'est pas investi de pouvoirs normatifs. Tout au plus peut-on parler de pouvoirs quasi normatifs, lesquels sont insignifiants. La *Commission du libre-échange* est composée de représentants des trois pays membres de l'ALÉNA ayant rang ministériel ou de leurs délégués⁵¹. Elle a pour mandat de diriger la mise en œuvre de l'ALÉNA, de superviser son développement, de régler les différends qui pourront survenir relativement à son interprétation ou à son application, de diriger les travaux de la plupart des comités et groupes de travail institués en vertu de l'ALÉNA et d'étudier toute autre question pouvant affecter le fonctionnement de l'ALÉNA⁵². La seule fonction de la *Commission du libre-échange* potentiellement porteuse de pouvoirs quasi normatifs se trouve à l'article 2020: s'il survient, devant une instance judiciaire ou administrative interne, une

49. ALÉNA, article 2022(3); convention faite à New York le 10 juin 1958, en vigueur pour le Canada le 12 mai 1986, [1959] 330 R.T.N.U. 3.

50. ALÉNA, article 2022(3); convention faite à Panama City le 30 janvier 1975, reproduite dans [1995] 14 I.L.M. 336.

51. ALÉNA, article 2001(1).

52. ALÉNA, article 2001(2).

question d'interprétation ou d'application de l'ALÉNA, la *Commission du libre-échange* pourra être interpellée afin de fournir à l'organe judiciaire ou administratif une interprétation des dispositions de l'ALÉNA en cause. À notre connaissance, il n'y a pas eu depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA d'affaires où la *Commission du libre-échange* a exercé cette faculté d'interprétation.

Le mécanisme général de règlement des différends du chapitre XX de l'ALÉNA pourrait également être assimilé à une sorte de centre institutionnel. Si le passé est garant de l'avenir, il est peu probable qu'il en vienne à fonder une source de règles à portée générale. Les Groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XX de l'ALÉNA – ou de son prédécesseur, le chapitre XVIII de l'ALÉ – ont jusqu'à maintenant fait preuve de peu d'activisme normatif; ils ont été réticents à se lancer dans la fabrication de principes de portée générale, privilégiant plutôt la résolution pragmatique des différends. Ont contribué à cette attitude effacée, la relative perméabilité des mécanismes généraux de règlement des différends de l'ALÉNA et de l'ALÉ aux facteurs politiques et au jeu diplomatique⁵³, ainsi que l'absence de permanence des groupes spéciaux: leur composition change d'une affaire à l'autre, ce qui complique la formation d'une jurisprudence cohérente⁵⁴.

4- L'effectivité directe de l'accord de base en droit interne

L'intégration juridique est également fonction de l'ampleur des effets directs de l'instrument international à la base de l'espace économique dans le droit interne, et en particulier, de la possibilité de saisir une juridiction interne pour faire observer l'instrument international. Que les règles de l'accord international fondent des droits ou des recours privés, qu'elles interviennent

53. Sur cette perméabilité des mécanismes généraux de règlement des différends de l'ALÉNA et de l'ALÉ aux facteurs politiques et au jeu diplomatique, voir V. LOUNGNARATH, C. STEHLY, «The General Dispute Settlement Mechanism in NAFTA and the WTO System: Is North American Regionalism Really Preferable to Multilateralism?», (2000) 34(1) *Journal of World Trade* 39.

54. Dans *l'Affaire de l'interprétation de l'article 701.3 et de l'observation de cet article par le Canada en ce qui concerne les ventes de blé dur* (8 février 1993), ALÉ 93-101, CDA-92-1807-01, le Groupe spécial constitué en vertu du chapitre 18 de l'ALÉ faisait remarquer que la mise en place de groupes spéciaux «de nature plus permanente, par opposition à des Groupes spéciaux établis à des fins précises», serait propice à une interprétation prudente et uniforme de l'accord. À ce sujet, voir: I. BERNIER, *Bulletin du libre-échange*, vol. 3, n° 5, juin 1992, p. 129.

comme principes évaluateurs de la conduite des États devant la juridiction interne ou que les manquements à ces règles puissent être sanctionnés par les tribunaux internes ne peuvent qu'augmenter l'efficacité de l'accord international⁵⁵, lui donner davantage de poids dans l'ordre juridique interne et, partant, amplifier l'intégration juridique. Comme nous le verrons dans la prochaine partie, axée sur le projet de cerner la dynamique d'intégration juridique modérée propre à l'ALÉNA, celui-ci n'a pas, en principe, d'effectivité directe au Canada, ce qui atténue son pouvoir intégrateur.

II. L'ALÉNA: UNE DYNAMIQUE D'INTÉGRATION JURIDIQUE FORMELLE DÉLIBÉRÉMENT PLAFONNÉE

Après avoir fait état de volontés politiques convergentes de circonscrire la portée de l'intégration juridique, nous mettrons en relief son caractère limité pour ensuite décrire les principales amorces d'intégration juridique formelle qui se trouvent dans l'ALÉNA; lesquelles s'avèrent des entreprises dignes d'intérêt parce que novatrices, mais naturellement modestes dans leurs effets juridiques, en raison du dessein politique dont l'ALÉNA est la résultante.

A- Des volontés politiques de circonscrire la portée de l'intégration juridique

Pour des raisons différentes, ni le Canada et le Mexique, d'une part, ni les États-Unis, d'autre part, ne souhaitaient que la négociation de l'ALÉNA débouche sur une entreprise d'intégration juridique ambitieuse. Les premiers, s'ils éprouvaient de l'enthousiasme à l'idée d'obtenir de meilleures conditions d'accès au vaste et lucratif marché américain, redoutaient néanmoins les conséquences «d'un accord symétrique en principe mais asymétrique en pratique»⁵⁶ et cherchaient à désamorcer tout débordement vers une intégration politique de fait. Dans cette perspec-

55. C'est notamment la position défendue par Bernard M. Hoekman et Petros C. Mavroidis dans le contexte de l'*Organisation mondiale du commerce*: B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS, «Enforcing Multilateral Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries», communication présentée dans le cadre de la *WTO/World Bank Conference on Developing Countries in a Millennium Round*, Genève, Secrétariat de l'OMC, 20-21 septembre 1999 notamment p. 14-16, 24-27 et 33.

56. LESLIE, *supra*, note 8, p. 73-74.

tive, un vaste chantier d'harmonisation ou de rapprochement des normes matérielles posait problème: d'une part, il aurait vraisemblablement reflété la suprématie américaine sur ses partenaires; d'autre part, on ne voulait pas d'un cheval de Troie, on craignait qu'il ne s'agisse d'un saut qualitatif susceptible de faire basculer la zone nord-américaine de libre-échange sur la pente de l'intégration politique. Quant aux États-Unis, ils envisageaient avec méfiance tout dispositif ayant la potentialité d'entraver les expressions de leur prépondérance historique vis-à-vis le Mexique et le Canada.

1- Les appréhensions, surtout canadiennes, à l'égard de l'hypothèse du débordement intégratif

Du point de vue du Canada, la retenue à l'égard d'une intégration juridique poussée s'explique en grande partie par la volonté de contenir l'intégration nord-américaine à l'intérieur de sa dimension strictement économique et de limiter l'impact de cette intégration sur l'exercice de la souveraineté. Au fond, les visées continentalistes du Canada procèdent de l'ambition d'établir un espace économique nord-américain fonctionnel comportant une amélioration des conditions d'accès au marché des États-Unis tout en minimisant la zone d'ombre qu'une telle entreprise fait peser sur l'exercice de la souveraineté. Sous ce rapport, une intégration juridique poussée se présente comme un outil à deux tranchants: si elle contribue à l'efficacité fonctionnelle de l'espace économique, elle peut également alimenter une progression tranquille – semblable à celle du glacier – qui réduira peu à peu, subrepticement, la capacité des gouvernements et des sociétés canadiennes de faire des choix autonomes, dictés par les valeurs de ces sociétés et les aspirations démocratiquement exprimées.

Il faut donc situer la tiédeur du Canada à l'égard du rattachement à l'ALÉNA d'une entreprise d'intégration juridique d'importance à l'intérieur d'une hypothèse plus vaste, celle du débordement intégratif ou *spill-over*. Que ce soit en 1911, alors que le projet de libre-échange canado-américain de sir Wilfrid Laurier fut combattu avec succès par les nationalistes canadiens, à la fin des années 40 lorsque le gouvernement de Mackenzie King, tenté par le libre-échange avec le voisin du sud, finit par se rebiffer, au début des années 70, avec le gouvernement Trudeau qui privilégie une politique de diversification des échanges com-

merciaux et écarte le scénario du libre-échange nord-américain ou lors de la virulente campagne électorale fédérale de 1988, principalement axée sur le libre-échange avec les États-Unis, les réticences à l'égard d'une ouverture continentale sur le plan économique se sont nourries de cette hypothèse⁵⁷. Le professeur Soldatos associe le *spill-over* à la notion de continuum intégratif⁵⁸:

Les desseins intégratifs et le volontarisme des élites, les insuffisances de certaines formes intégratives, les mutations économiques provoquées par l'établissement d'un cadre intégratif et l'interdépendance objective reliant les diverses formes d'intégration sont parmi les causes premières d'une mouvance structurelle et d'un enchaînement fonctionnel de tâches intégratives qui ne permettent pas d'avoir une vue statique du phénomène d'intégration économique régionale internationale. Aussi les diverses formes d'une telle intégration ne pourraient-elles être cernées et analysées que lorsqu'on les inscrit sur un *continuum* «ideal-type» dont elles constituent les *phases* et les *étapes* de progression (en cas de «spill-over»)..

L'hypothèse du débordement intégratif repose selon le professeur Soldatos, sur deux courants théoriques majeurs. Dans l'approche dite dirigiste, le débordement est correctif: chaque nouvelle phase intégrative est «la réponse qui s'impose aux problèmes apparus dans la phase précédente et le complément souhaitable ou nécessaire, selon les cas, à des mesures intégratives antérieures»⁵⁹. L'autre grande école de pensée, celle des néo-fonctionnalistes, envisage le débordement intégratif en deux segments: une évolution initiale où le débordement intégratif est doté d'une «mécanique fonctionnelle» et se présente comme «un processus spontané» que déclenche «l'enchaînement fonctionnel des tâches»⁶⁰; une deuxième étape où le débordement intégratif est «conçu comme une création 'délibérée' (*cultivated spill-over*) ..., où

57. Ces épisodes historiques sont présentés dans É. THÉROUX, «Du traité de réciprocité à l'Accord de libre-échange», (1991) 25 *Revue juridique Thémis* 229; voir également P. SOLDATOS, «Le continentalisme dans les relations canado-américaines: sa version libre-échangiste», dans J.J. QUINN (dir.), *Le milieu juridique international*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986 (volume 52 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*), 135.

58. P. SOLDATOS, *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 116.

59. P. SOLDATOS, «La revanche du continentalisme: le libre-échange canado-américain», dans A. DONNEUR et P. SOLDATOS (dir.), *Le Canada à l'ère de l'après-guerre froide et des blocs régionaux: une politique étrangère de transition*, Toronto, Captus Press, 1993, p. 135-190, p. 179.

60. *Ibid.*, p. 183.

seule une décision politique majeure semble en mesure de déplacer l'intégration vers des stades avancés du processus»⁶¹.

Selon l'hypothèse du débordement intégratif, le libre-échange avec les États-Unis serait susceptible d'enclencher un mouvement autonome produisant une intégration de plus en plus poussée et conduisant, éventuellement, à la convergence des politiques et des normes. Cette convergence refléterait, bien sûr, l'asymétrie des acteurs en présence. Minimiser l'intégration juridique formelle au stade du libre-échange constituerait ainsi une première ligne de défense contre ce danger de débordement intégratif – à l'endroit duquel l'opinion publique canadienne s'est montrée sensible lors du débat sur le libre-échange continental, dans la deuxième moitié de la décennie quatre-vingt – et permettrait d'envisager que le libre-échange continental demeure «... une option de relations économiques bien circonscrites, se situant, de façon statique, à un point précis du continuum de l'intégration régionale internationale, celui de l'intégration dite 'négative'»⁶².

2- La préoccupation des États-Unis de ne pas se subordonner à une structure susceptible d'atténuer leur prépondérance continentale

En raison de la disproportion des acteurs, il n'était pas dans l'intérêt des États-Unis de prôner pour l'espace économique nord-américain une structure dont l'animation aurait été fondée strictement sur la règle de droit et dépourvue de toute logique diplomatique. Cette dernière en effet traduit dans une large mesure les rapports de force économiques ou politiques, alors que la règle de droit a la prétention d'y être insensible et la mission de les discipliner. Dans cette optique, les États-Unis ne souhaitaient pas que la zone de libre-échange soit chapeautée par des institutions juridictionnelles fortes et agissantes⁶³: ils redoutaient vraisemblablement

61. *Ibid.*, p. 183.

62. *Ibid.*, p. 139.

63. Fut ainsi rejetée, à l'époque des négociations de l'ALÉNA, la proposition d'un groupe de travail formé par l'Association du Barreau canadien [ci-après l'ABC], l'Association du Barreau américain [ci-après l'ABA] et le Barreau mexicain de créer un tribunal trilatéral permanent pour décider des questions relatives à l'interprétation et à l'application de l'ALÉNA et trancher les litiges s'y rapportant: voir à ce sujet José Luis SIQUEIROS, «NAFTA Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures», (1993) 23 *California Western International Law Journal* 383, p. 393-394. Une proposition similaire avait été faite, à l'époque de l'élaboration de l'ALÉ, par l'ABC et l'ABA: sur ce point, voir W.C. GRAHAM, «Dispute Resolution in the Canada-United States Free

blement que par l'action de telles instances les conceptions égalitaristes sur lesquelles le texte de l'ALÉNA se construisait ne finisse par s'infiltrer dans sa pratique; ils s'inquiétaient d'une capacité autonome de fabriquer des principes de droit susceptibles de borner la souveraineté des États-Unis et ainsi, d'atténuer la prépondérance de ce pays en Amérique du Nord⁶⁴.

Or une structure reposant exclusivement sur la logique de la règle de droit possède un potentiel d'intégration juridique plus grand qu'un ensemble partagé entre la logique de la règle de droit et celle du jeu diplomatique. Par exemple, une instance juridictionnelle ou quasi juridictionnelle qui tranche un différend commercial entre deux pays le fait à la lumière de principes juridiques qu'elle confirme ou établit. De telles actions peuvent contribuer, à la longue, à la formation d'un corpus juridique propre à l'espace économique et, de cette manière, à l'intégration juridique. Par contre, il est plutôt rare qu'un principe de droit soit énoncé à la faveur du règlement d'un différend par la voie diplomatique. Combattre des institutions juridictionnelles fortes et agissantes au sein de la zone de libre-échange nord-américaine se révèle ainsi une démarche à contresens de l'intégration juridique.

L'attachement américain à la logique du jeu diplomatique comme principe de conception des institutions de la zone de libre-échange transparait au travers du mécanisme général de règlement des différends qui a finalement été retenu dans le chapitre XX de l'ALÉNA. Inspiré de la procédure du GATT de 1947, le dispositif du chapitre XX est de la nature de la juridiction internationale, retient le principe de la constitution ad hoc de groupes arbitraux, encadre des litiges interétatiques et n'est accessible qu'aux États membres; mais surtout, elle laisse une large place à la négociation diplomatique⁶⁵, ce qui favorise bien évidemment la partie la plus forte sur le plan politique. La pratique du chapitre

Trade Agreement: one Element of a Complex Relationship», (1992) 37 *R.D. McGill* 544, 550.

64. Ces préoccupations expliqueraient notamment l'hostilité des États-Unis à l'idée que les groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XIX de l'ALÉNA (*infra* notes 90 à 104 et texte correspondant) développent une jurisprudence indépendante en matière de dumping et de droits compensateurs: E.J. PAN, «Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication», (1999) 40 *Harvard International Law Journal* 379, p. 406, citant le *Senate Report on NAFTA*, S. Rep. No. 103-189 (1993), p. 45.

65. ALÉNA, article 2018: le rapport final du Groupe spécial sert de référence à des négociations engagées entre les parties en vue de trouver une solution au différend; il s'inscrit donc à l'intérieur d'une dynamique diplomatique.

XVIII de l'ALÉ – le prédécesseur du chapitre XX de l'ALÉNA – a d'ailleurs révélé l'emprise du facteur politique sur le règlement des différends⁶⁶. Lors des négociations de l'ALÉ et de l'ALÉNA, le Canada avait pourtant exprimé sa préférence pour un règlement des différends davantage «juridictionnalisé». En vain, les États-Unis sachant reconnaître l'avantage conféré par une procédure générale de règlement des différends sous-tendue par une logique hybride, partiellement diplomatique.

B- Des illustrations du caractère limité de l'intégration juridique portée par l'ALÉNA

On relèvera trois expressions de la modération qui se manifeste dans l'ALÉNA sur le plan de l'intégration juridique, lesquelles ont d'ailleurs fait l'objet de commentaires antérieurs.

Premièrement, l'ALÉNA ne comporte pas de véritable processus d'harmonisation de normes juridiques matérielles. Certes, sont créés ici et là quelques comités ou groupes de travail qui pourraient, éventuellement, s'intéresser à l'harmonisation de normes matérielles⁶⁷; mais les sujets envisagés sont techniques, voire d'importance secondaire; en tout état de cause, ces divers comités et groupes de travail ont jusqu'à présent produit davantage de palabre que d'action, et il est à craindre qu'il ne s'agisse là d'une tendance lourde. Signalons que, dans le contexte de l'ALÉ, un comité avait été institué afin d'élaborer un jeu de normes matérielles communes sur les pratiques transfrontières déloyales d'établissement de prix, les droits anti-dumping, les aides gouvernementales et les droits compensateurs, des sujets névralgiques⁶⁸. Ses travaux se sont soldés par un échec, lequel a cependant été amorti par les avancées du système multilatéral GATT-OMC, en particulier la conclusion de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*⁶⁹ et les précisions qu'il a apportées quant

66. *Supra*, note 53.

67. Par exemple, un Groupe de travail sur le commerce et la concurrence a été constitué en vertu de l'article 1504 de l'ALÉNA.

68. ALÉ, article 1907; voir également ALÉNA, article 1907(2). Lors de la signature de l'ALÉNA, les parties ont également fait une déclaration commune non-contraindante et sans effet juridique qui invitait les trois pays à tenir des discussions pendant les deux années suivant la signature de l'ALÉNA sur les subventions et le dumping. Ces discussions n'ont rien produit de tangible. La déclaration est évoquée dans J.R. MACARTHUR, *The Selling of "Free Trade": NAFTA, Washington and the Subversion of American Democracy*, New York, Hill and Wang, 2000, p. 268.

69. Reproduit dans *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, textes juridiques*, *supra*, note 21.

au concept de subvention. Les aides gouvernementales et les droits compensateurs fournissent du reste une illustration supplémentaire de convergence de normes matérielles au sein de la zone de libre-échange nord-américaine qui se réalise par l'entremise d'un instrument multilatéral.

Deuxièmement, on a déjà eu l'occasion de souligner que la conception du mécanisme général de règlement des différends procède d'une logique hybride – juridictionnelle et diplomatique – et qu'en raison de cela ses caractéristiques fonctionnelles et sa pratique ne favorisent pas l'intégration juridique. Il faut bien le dire, jusqu'à présent, les groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XX de l'ALÉNA ou du chapitre XVIII de l'ALÉ n'ont pas énoncé de principes de portée générale significatifs. S'il advenait que cela se produisît, de tels principes auraient un impact limité en termes d'intégration juridique, puisque les rapports des groupes spéciaux ne s'intègrent pas à l'ordre juridique interne.

Troisièmement, le potentiel d'intégration juridique de l'ALÉNA est limité du fait qu'il ne produit pas d'effet direct dans le droit interne du Canada et ne fait pas partie du droit applicable ou à considérer par la juridiction interne, sauf comme instrument résiduel d'interprétation des lois⁷⁰ ou par le jeu d'un renvoi expli-

70. Sur la fonction interprétative des traités internationaux en droit interne canadien, voir P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992, p. 286; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 661-662; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, p. 860-862; *National Corn Growers Association c. Tribunal des importations du Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *In the Matter of a Reference as to the Powers of the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the Village of Rockcliffe Park to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208. À au moins deux reprises, la Cour fédérale (division de première instance) s'est rapportée à l'ALÉNA pour mettre en relief le but inhérent à des modifications législatives: *Apotex Inc. c. Procureur général du Canada*, [1996] F.C.J. No. 1535 (Division de première instance) au paragraphe 14; *Quarry Corp. c. Bacardi & Co.*, [1996] F.C.J. No. 1671 (Division de première instance) aux paragraphes 4 et 21. Cette fonction interprétative a cependant une portée limitée, comme il se dégage, par exemple, de la décision du Groupe spécial formé en vertu du chapitre 19 de l'ALÉNA dans *L'affaire de Ficelle synthétique pour ramasseuse-pressée avec une résistance à la tension de 200 lbs ou moins, originaire ou exportée des États-Unis d'Amérique*, ALÉ-95-102, CDA-94-1904-02, en particulier aux pages 16 à 19, décision rendue le 10 avril 1995 et résumée dans I. BERNIER et S. DUFOUR, *Bulletin du libre-échange*, juillet 1995, volume 5, numéro 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 13-15.

dans le secteur de l'élimination des déchets solides conteste la validité d'un règlement provincial qui interdit à l'exploitant d'un lieu d'élimination des déchets solides d'accepter des déchets provenant de l'extérieur du Québec. Parmi les arguments invoqués, la requérante fait valoir que ce règlement contrevient aux dispositions de l'ALÉNA. Le tribunal écarte cette prétention au motif que les dispositions de l'ALÉNA ne font pas partie du droit interne canadien. Raisonement similaire dans l'affaire *Unilever Canada Ltée c. Le Procureur général du Québec*⁷⁶ où est en cause un règlement québécois unique au monde, puisqu'il pose, en substance, que la margarine ne peut être mise en vente au Québec à moins d'être d'une couleur différente de celle du beurre. Une telle mesure vise la protection de l'industrie laitière québécoise, reconnaît le juge Guthrie⁷⁷. Il conclut néanmoins à la validité du règlement. En particulier, il rejette la thèse de la requérante que la disposition réglementaire en cause est illégale parce que contraire aux principes enchâssés dans l'ALÉNA, puisque celui-ci n'est pas incorporé au droit interne québécois.

C- Des sources d'intégration juridique propres à l'ALÉNA

L'effort d'intégration juridique dans l'ALÉNA n'est pas inexistant, bien que modeste. Il a été partiellement esquissé dans la première partie. Il est proposé pour la suite de revenir sur ce thème, par une description de ce qui nous semble être les vecteurs

76. 26 mai 1999, REJB 99-12934 (C.S.). Voir cependant *Antonsen et al. c. Procureur général du Canada* (1995), 91 F.T.R. 1 (17 février 1995, division de première instance de la Cour fédérale) où le juge Reed développe en *obiter* un argument plus nuancé (p. 19):

«After careful consideration of counsels' arguments, I have come to the conclusion that asking whether or not the FTA and NAFTA are part of Canadian domestic law is to ask an unnecessary question and perhaps an irrelevant one. Parts of the agreements clearly are part of domestic law. At the same time, even if the agreements in their entirety were considered to be so, this would not make them enforceable in the domestic courts of this country. The question to be asked, with respect to any alleged breach of the agreements, is how is it intended that redress for such be obtained.»

Le juge Reed poursuit en mentionnant l'article 5 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* (S.C. 1988, c. 65) de même que l'article 6 de la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* (S.C. 1993, c. 44), deux dispositions dites «prohibitives» qui subordonnent l'exercice d'un droit de poursuite uniquement fondé sur l'ALÉ ou sur l'ALÉNA (selon le cas) au consentement du procureur général du Canada.

77. *Unilever Canada Ltée c. Le Procureur général du Québec*, *ibid.*, au paragraphe 79.

d'intégration juridique les plus significatifs ou novateurs: 1) le principe du traitement national, qui s'approprie de nouveaux espaces dans le cadre de l'ALÉNA; 2) la procédure d'examen des déterminations finales en matière de droits anti-dumping et compensateurs, le seul dispositif au sein de l'ALÉNA susceptible d'être rattaché au modèle supranational; 3) les accords parallèles sur les normes du travail et sur l'environnement, dont l'existence constitue en soi un précédent.

1- Le principe du traitement national

Ce qui frappe dans l'ALÉNA, c'est la vaste sphère d'influence du principe du traitement national. Sa portée dans l'ALÉNA est considérable, plus étendue que dans le système GATT-OMC par exemple. Le principe du traitement national s'analyse classiquement sur deux dimensions: 1) le domaine ou champ d'application, c'est-à-dire le ou les thèmes par rapport auxquels le principe du traitement national limite ou dirige l'État dans l'exercice de ses pouvoirs, ou autrement formulé, l'objet de l'obligation de l'État de ne pas traiter défavorablement; 2) ce qui bénéficie de l'interdiction de se livrer à de la discrimination défavorable: le produit étranger, le fournisseur de produits ou de services étranger, l'investisseur étranger, son investissement, pour nommer les «bénéficiaires» les plus importants du traitement national tel qu'il s'exprime dans le système ALÉNA. Sauf disposition contraire, le traitement national joue dans le système ALÉNA pour les sujets et bénéficiaires suivants:

- par le jeu d'un renvoi à l'article III du GATT, la fiscalité intérieure touchant les produits ainsi que la réglementation intérieure affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation des produits sur le marché intérieur⁷⁸;
- les mesures normatives s'appliquant aux fournisseurs de produits et de services⁷⁹;
- les mesures de réglementation de l'énergie à l'égard des produits énergétiques et des produits pétrochimiques de base⁸⁰;

78. ALÉNA, article 301.

79. ALÉNA, article 904(3).

80. ALÉNA, article 606(1)(a).

- l'accréditation, l'approbation, l'agrément ou la reconnaissance des organismes d'évaluation de la conformité des produits ou des services aux mesures normatives⁸¹;
- l'octroi des marchés publics, aucune discrimination défavorable fondée sur l'origine ne devant être faite à l'égard des produits, des fournisseurs de produits et des fournisseurs de services étrangers⁸²;
- l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements, aucune discrimination défavorable fondée sur l'origine ne devant être faite à l'égard des investisseurs étrangers ou de leurs investissements⁸³;
- les conditions dans lesquelles évoluent les fournisseurs de services⁸⁴;
- l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'institutions financières et d'investissements dans des institutions financières, étant interdite toute discrimination défavorable à l'égard des investisseurs étrangers, des institutions financières étrangères ou des investissements effectués dans des institutions financières par des investisseurs étrangers⁸⁵;
- lorsque la prestation transfrontière d'un service financier est autorisée, les fournisseurs étrangers de services financiers transfrontières devront en principe recevoir un traitement non moins favorable que celui accordé aux fournisseurs nationaux de services financiers, dans des circonstances similaires, quant à la fourniture de ce service⁸⁶;
- les traitements accordés par les monopoles désignés ou maintenus par l'État à l'égard des investissements des investisseurs, des produits et des fournisseurs de services, au moment d'acheter ou de vendre le produit ou le service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent⁸⁷;

81. ALÉNA, article 908(2).

82. ALÉNA, article 1003.

83. ALÉNA, article 1102.

84. ALÉNA, article 1202.

85. ALÉNA, article 1405(1) et 1405(2).

86. ALÉNA, article 1405(3).

87. ALÉNA, article 1502(3)(c).

- la vente par une entreprise d'État de ses produits ou services, aucune discrimination défavorable ne devant être faite à l'égard des investissements des investisseurs étrangers⁸⁸;
- la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle, étant interdite, toute discrimination défavorable à l'égard des ressortissants étrangers⁸⁹.

2- L'examen par des groupes spéciaux des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs

Le mécanisme d'examen des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs de l'article 1904, s'il se démarque par un lointain lien de parenté avec le modèle juridictionnel supranational⁹⁰, n'en demeure pas moins un pis-aller. Cette construction strictement processuelle est en effet venue déverrouiller – avec beaucoup d'élégance d'ailleurs – l'impasse qui persistait lors des négociations de l'ALÉ sur les demandes insistantes du Canada d'apporter des modifications aux règles et pratiques américaines en matière de dumping et de droits compensateurs. Au départ, la procédure des groupes spéciaux binationaux avait été conçue comme une solution temporaire; elle devait servir de cataplasme pour une période de cinq à sept ans, la manœuvre permettant à la fois la signature d'une entente de libre-échange entre le Canada et les États-Unis et la poursuite de négociations visant la mise en forme de modifications permanentes aux lois et pratiques de chacun des pays relativement au dumping et aux droits compensateurs. Ces négociations, qui dans le contexte de l'ALÉ se déroulaient sous l'égide d'un Groupe de travail spécialement constitué à cette fin⁹¹, n'ont

88. ALÉNA, article 1503(3).

89. ALÉNA, article 1703; «ressortissants» reçoit la définition de l'article 1721.

90. Dont l'archétype et l'expression la plus spectaculaire sont la juridiction de la Cour européenne de justice et, en particulier, la juridiction découlant du renvoi préjudiciel de l'article 234 du *Traité instituant la Communauté européenne*, *supra*, note 40 (ex-article 177).

91. *Supra*, note 68. Sur l'historique du chapitre XIX de l'ALÉNA, voir notamment E.J. PAN, «Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: an Experiment in International Adjudication», (1999) 40 *Harvard International Law Journal* 379, p. 382-385 et M.H. GREEBERG, «Chapter 19 of the U.S.-Canada Free Trade Agreement and the North American Free Trade Agreement: Implications for the Court of International Trade», dans J.R. HOLBEIN et D.J. MUSCH (dir.), *North American Free Trade Agreements*, Commentary, volume 1, Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications Inc.

jamais abouti, de sorte que le dispositif temporaire a été reconduit quasi intégralement dans l'ALÉNA où il a acquis un caractère permanent.

Sous l'angle de l'intégration juridique, le mécanisme de l'article 1904 est intéressant en ce qu'il opère un transfert juridictionnel du cadre interne vers des instances nord-américaines; il édifie ainsi une passerelle entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, tranchant à cet égard avec la procédure générale de règlement des différends du chapitre XX⁹². L'article 1904 met en place un processus supranational de révision des décisions finales rendues en matière de droits antidumping et de droits compensateurs, lequel est supposé se substituer au contrôle judiciaire des juridictions internes. Les groupes spéciaux ainsi constitués doivent appliquer les lois et la jurisprudence du pays importateur et doivent raisonner en fonction de son droit interne. Pour le groupe spécial, le projet consiste à déterminer si la décision des autorités nationales contestée est conforme à la législation interne du pays importateur. Le groupe spécial ne substitue pas sa décision à celle de l'instance nationale. Plutôt, celle-ci se voit enjoindre de reconsidérer ou de modifier sa décision de manière qu'elle soit conforme aux conclusions du groupe spécial. Il y a donc renvoi du dossier devant l'instance nationale pour que cette dernière rende une nouvelle décision. Les décisions du groupe spécial sont contraignantes et obligatoires⁹³. À strictement parler, le groupe spécial n'intervient pas comme un tribunal d'appel. Le critère d'examen appliqué est celui propre au contentieux de la légalité reconnu dans le droit interne du pays importateur. Par ailleurs, le système du chapitre XIX se démarque des juridictions internationales classiques en ce qu'il reconnaît la qualité pour agir aux intérêts privés et aux gouvernements internationaux⁹⁴.

Par l'entremise de la procédure dite de *contestation extraordinaire*, une décision d'un groupe spécial peut faire l'objet d'un examen par un comité de trois membres, sélectionnés à partir

92. Denis Lemieux et Ana Stuhec prétendent que si à certains égards les groupes spéciaux du chapitre XIX sont distincts des juridictions internes exerçant la fonction de contrôle judiciaire des décisions administratives et quasi-judiciaires, néanmoins, «[s]everal factors suggest that the binational panels function as administrative law courts»: D. LEMIEUX et A. STUHEC, *Review of Administrative Action Under NAFTA*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 55.

93. ALÉNA, article 1904(9).

94. ALÉNA, article 1904(7); PAN, *supra*, note 91, p. 399-400.

d'une liste de 15 juges ou anciens juges. Ce comité n'interviendra que dans des cas extrêmes, pour sanctionner des violations des principes de justice naturelle, des contraventions à des règles fondamentales de procédure ou des excès de compétence⁹⁵. Pour réussir devant un *Comité pour contestation extraordinaire*, le requérant devra donc faire une démonstration qui va bien au-delà de celle d'une erreur de droit⁹⁶, de sorte que ce serait commettre un abus de langage que d'assimiler la procédure de contestation extraordinaire à un mécanisme d'appel. Dans l'histoire de l'ALÉ et de l'ALÉNA, seulement trois contestations extraordinaires ont été engagées⁹⁷.

Si l'on cumule les examens engagés tant en vertu de l'article 1904 de l'ALÉNA que du chapitre XIX de l'ALÉ, des groupes spéciaux ont été constitués à cent reprises⁹⁸. Cela contraste de façon spectaculaire avec les sept affaires traitées dans le cadre du chapitre XVIII de l'ALÉ et du chapitre XX de l'ALÉNA⁹⁹, et accrédite la thèse qu'un processus juridictionnel supranational dans sa facture a davantage de répercussions sur le tissu juridique qu'une juridiction internationale appelée à trancher des litiges interétatiques. Toujours dans cette veine, signalons que Eric J. Pan voit dans le chapitre XIX une expérience originale d'intégration juridique. Le dispositif juridictionnel du chapitre XIX de l'ALÉNA pourrait à son avis devenir un espace de dialogue entre la common law et le droit civil («a judicial body that bridges the gap between the different common law and civil law traditions») et cela, parce que des juristes issus de ces deux traditions sont susceptibles d'interagir au sein des groupes spéciaux¹⁰⁰. Le chapitre XIX de

95. ALÉNA, article 1904(13) et annexe 1904.13.

96. *Porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, ECC 91-1904-01 USA, 14 juin 1991, p. 17; PAN, *supra*, note 91, p. 407.

97. Les contestations portaient sur la révision de décisions d'organismes américains: *Porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, ECC-91-1904-01 USA, 14 juin 1991; *Porcs vivants du Canada*, ECC-93-1904-01 USA, 8 avril 1993; *Certains produits du bois d'œuvre du Canada*, ECC-94-1904-01 USA, 3 août 1994.

98. Recension en date du 7 janvier 2000, site du Secrétariat de l'ALÉNA, www.nafta-sec-alena.org.

99. Sept affaires classées, auxquelles il faut ajouter deux affaires qui étaient en instance en date du 7 janvier 2000.

100. PAN, *supra*, note 91, p. 391; voir également B. CONDON, «NAFTA at Three-and-one-half Years: Where Do We Stand And Where Should We Be Headed? A Cross-Cultural Analysis of North American Legal Integration», (1997) 23 *Canada-United States Law Journal* 347, p. 351: «Chapter 19 is a good example of an innovative system that was devised to overcome differences in legal cultures when Canada and The United States were unable to agree on a common legal regime to deal with subsidies and dumping under the Canada-United States FTA.»

l'ALÉNA, passerelle entre le droit civil et la common law? Chose certaine, cet idéal ne transparaît pas de la pratique des groupes spéciaux, sans doute en raison, d'une part, du caractère technique et des spécificités des enjeux en cause, d'autre part, de l'obligation à la charge des groupes spéciaux d'appliquer le droit interne du pays importateur. Si une telle dynamique existe réellement à l'état embryonnaire dans le chapitre XIX de l'ALÉNA, elle sera vraisemblablement amplifiée dans un scénario d'extension du libre-échange à l'ensemble des Amériques¹⁰¹. En effet, il existerait à l'intérieur d'une zone de libre-échange allant de la Terre de feu à l'Île de Baffin – comme l'évoque la publicité – un rapport plus équilibré entre les traditions civiliste et de common law. Cette extrapolation suppose cependant que le traité à la base d'un espace de libre-échange panaméricain comporte un dispositif juridictionnel similaire à celui du chapitre XIX de l'ALÉNA, ce qui n'est pas acquis si l'on donne du crédit aux critiques et aux réserves déjà exprimées aux États-Unis à l'égard de la procédure des groupes spéciaux du chapitre XIX de l'ALÉNA¹⁰².

Il reste qu'au mécanisme d'examen de l'article 1904 est associé une intégration juridique modérée, puisque c'est en fonction du droit matériel du pays importateur que le groupe spécial évalue la décision finale de l'autorité nationale¹⁰³, les efforts des partenai-

101. Lors du sommet des Amériques de décembre 1994, les pays des Amériques (à l'exception de Cuba) se sont donnés pour objectif de négocier d'ici à l'an 2005 une zone de libre-échange panaméricaine. Cet espace devrait se construire à partir des divers accords régionaux, dont l'ALÉNA est le plus important et le mieux structuré. Voir à ce sujet «Le continent américain deviendra une ZALE en 2005» *La Presse* [de Montréal] (11 décembre 1994) A1; voir également J.S. JARREAU, «Negotiating Trade Liberalization in the Western Hemisphere: the Free Trade Area of the Americas», (1999) 13 *Temple International and Comparative Law Journal* 57.
102. Voir à ce sujet I. BERNIER, S. DUFOUR, «Chronique: le règlement des différends dans l'ALÉ et l'ALÉNA: un portrait statistique», (1995) 5 n° 3 *Bulletin de libre-échange* 17, p. 19.
103. Ajoutons à cela trois autres facteurs qui contribuent au caractère modéré de l'intégration juridique inhérente au mécanisme du chapitre XIX. Premièrement, l'absence d'un réel organe d'appel et la constitution sur une base ad hoc des groupes spéciaux à partir d'une liste permanente de 75 personnes compliquent le développement d'une jurisprudence cohérente et ainsi susceptible d'avoir une autorité persuasive forte dans les juridictions internes. Deuxièmement, les groupes spéciaux du chapitre XIX ne sont pas, entre eux, assujettis à la règle du *stare decisis*, ce qui constitue également un obstacle à la formation d'une jurisprudence cohérente. Troisièmement, les principes dessinés dans les décisions des groupes spéciaux et des comités pour contestation extraordinaire n'ont pas la valeur de précédent à l'égard des tribunaux supérieurs américains et auraient une valeur de précédent limitée vis-à-vis le *Department of Commerce* et l'*International Trade Commission* (sauf évidemment, pour ce qui concerne l'instance qui fait l'objet de la décision). Sur ces trois points, voir

res nord-américains en vue d'élaborer un ensemble commun de règles matérielles visant les sujets du chapitre XIX n'ayant pas abouti. Un tel mécanisme d'examen témoigne d'une forme modeste d'intégration juridique, misant structurellement sur le processus et ayant pour clef de voûte une valeur commune ou que l'on imagine comme telle: l'application régulière de la loi¹⁰⁴.

3- Les accords parallèles sur les normes du travail et sur l'environnement

Le système ALÉNA crée un précédent en attachant à un ensemble de règles visant à accroître la fluidité des échanges économiques continentaux des instruments supposés refléter une préoccupation à l'égard du «dumping social» et du «dumping environnemental». À cet égard, il importe de se replacer dans le contexte politique des négociations de l'ALÉNA. L'écart de développement entre, d'une part, le Mexique, d'autre part, les États-Unis et le Canada, inquiète: on craint – à tort ou à raison – une migration des entreprises vers le Mexique, attirées par des normes de travail et environnementales peu sévères ou administrées avec laxisme, est-il allégué. En profitant de telles normes de travail et environnementales, les entreprises installées au Mexique livreraient une concurrence déloyale à leurs pendants du nord. C'est pour calmer des appréhensions de cette nature que furent signés en septembre 1993 l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*¹⁰⁵ et l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*¹⁰⁶. Les deux accords

E.J. PAN, *supra*, note 91, p. 405-407. Sur le dernier de ces trois points, voir également R.O. CUNNINGHAM, «Settlement of International Trade Disputes – Challenges to Sovereignty – A U.S. Perspective», (1998) 24 *Canada-United States Law Journal* 103, p. 118. Au Canada, demeure ouverte la question de savoir si la Cour fédérale du Canada est, par le jeu de la règle du *stare decisis*, dans l'obligation de suivre les principes de droit énoncés par les groupes spéciaux du chapitre XIX ou par les comités pour contestation extraordinaire. Denis Lemieux et Ana Stuhec, expriment ainsi l'opinion que «... binational panels are composed of international trade experts ...» et «[c]onsequently, the Federal Court should defer to the binational panels with respect to their area of expertise to the extent that they would any expert administrative tribunal»: LEMIEUX et STUHEC, *supra*, note 92, p. 145.

104. Denis Lemieux et Ana Stuhec soutiennent également que s'il y a harmonisation juridique attachée aux chapitres XIX de l'ALÉ et de l'ALÉNA, elle se manifeste sur le plan processuel et en matière de règles procédurales; l'harmonisation juridique serait inexistante au niveau du droit substantiel en matière de dumping et de droits compensateurs. Voir LEMIEUX et STUHEC, *supra*, note 92, p. 57.

105. Reproduit en anglais dans *NAFTA Text – Including Supplemental Agreements*, CCH, 1994, p. 747-773 [ci-après ANACDE].

106. Reproduit en anglais dans *NAFTA Text – Including Supplemental Agreements*, CCH, 1994, p. 775-801 [ci-après ANACT].

parallèles sont des instruments juridiques distincts de l'ALÉNA¹⁰⁷. Ils ne faisaient pas partie du scénario initial; leur signature a d'ailleurs eu lieu environ dix mois après celle de l'ALÉNA. En fait, l'élaboration des deux accords parallèles accompagnaient la volte-face du parti de Bill Clinton et, dans une moindre mesure celle du parti de Jean Chrétien: le premier, pendant la campagne présidentielle de 1992 et le second, lors de la campagne fédérale de 1993, s'étaient opposés à l'ALÉNA, «tel que rédigé», pour finalement s'y ranger une fois élus. Les accords parallèles rendaient ces virages politiques moins cyniques.

Les accords parallèles visent essentiellement le Mexique; celui-ci s'est plié à la volonté américaine sans enthousiasme, mais tout de même conscient qu'il lui fallait consentir cette concession de dernière minute pour sauvegarder un accord qu'il estimait être globalement dans son intérêt. Les deux accords reposent – à tort ou à raison – sur une théorie: si dans l'ensemble les normes mexicaines ne sont pas, sur papier, moins sévères que celles des deux partenaires du nord, leur application et leur mise en œuvre présentent des lacunes.

Si intégration juridique il y a dans ces deux accords parallèles, elle braque les processus et procède de l'impératif de l'application régulière de la loi. Ainsi, les accords parallèles n'imposent pas de normes communes en matière d'environnement et de travail, ni ne mettent-ils en place des entreprises de rapprochement ou d'harmonisation de normes. Ils poursuivent plutôt un objectif fondamental: l'application juste, impartiale, efficace et transparente du droit interne de chaque pays en matière d'environnement et de travail. Par exemple, les deux accords disposent qu'il doit y avoir engagement, en temps opportun, de procédures en vue de l'imposition de sanctions ou de l'obtention de réparations appropriées pour toute infraction à la législation du travail ou environnementale¹⁰⁸; chacune des parties à l'ALÉNA devra également faire en sorte que les personnes ayant, selon sa législation intérieure, un intérêt juridiquement reconnu à l'égard d'une question donnée puissent avoir adéquatement accès à des procédures administratives, quasi judiciaires ou judiciaires en vue de

107. Pour être rigoureux sur les plans conceptuel et terminologique, il faudrait donc parler d'intégration juridique portée par l'ALÉNA et ses accords parallèles. Néanmoins, dans le but de ne pas alourdir le texte, nous continuerons de parler d'intégration juridique portée par l'ALÉNA, étant entendu que celle-ci renvoie autant à l'ALÉNA qu'aux deux accords parallèles s'y rattachant.

108. ANACDE, article 5(j); ANACT, article 3(1)(g).

faire appliquer la législation du travail¹⁰⁹ ou la législation environnementale; en matière environnementale, les recours accessibles aux parties devront comprendre le droit de poursuivre en dommages-intérêts, le droit d'obtenir des réparations et des sanctions visant à limiter la conséquence des infractions, le droit de demander aux autorités compétentes de prendre les mesures voulues pour assurer l'application de la loi, le droit d'obtenir une injonction¹¹⁰; les deux accords assujettissent à un certain nombre de garanties procédurales les instances administratives, quasi judiciaires et judiciaires chargées d'appliquer les législations internes relatives au travail et à l'environnement¹¹¹.

Le cœur de chacun des accords parallèles demeure toutefois un dispositif intégrant des mécanismes de réception des communications et plaintes du public, de consultation et d'arbitrage interétatique. S'agissant de l'ANACT, aux termes de son article 15, chacune des parties a l'obligation d'établir sur son territoire un Bureau administratif national (BAN). Chacun des BAN est notamment chargé de recevoir les communications et plaintes du public sur les questions relatives à la législation du travail survenant sur le territoire d'une autre partie et, s'il y a lieu, d'examiner ces questions. Les BAN¹¹² se voient ainsi reconnaître une forme de compétence extra-territoriale; d'aucuns y verront une innovation digne de mention. En vertu de l'article 22 de l'ANACT, toute partie peut demander que des consultations aient lieu au niveau ministériel avec une autre partie au sujet de toute question relevant de l'ANACT. La pratique s'est ainsi développée qu'en règle générale, les consultations ministérielles font suite à une plainte d'un syndicat ou d'une organisation non gouvernementale déposée auprès d'un BAN. De 1994 à 1998 inclusivement, les BAN ont reçu 16 plaintes et communications du public, la quasi-totalité provenant d'organisations non gouvernementales et de syndicats. Pendant la même période, des consultations ministérielles se sont tenues à quatre reprises. Le type de correctif que fabriquent les consultations ministérielles en dit long sur le peu de robustesse de l'ANACT: en réponse à des plaintes portant sur des questions de principe fondamentales ou sur des enjeux poignants de relations de travail, les ministres proposent des études, des ateliers trilaté-

109. ANACDE, article 6(2); ANACT, article 4(1).

110. ANACDE, article 6(3).

111. ANACDE, article 7; ANACT, article 5.

112. ANACT, article 16.

raux, des réunions de fonctionnaires, des tribunes publiques, des colloques universitaires ou destinés à des publics ciblés¹¹³...

L'ANACT prévoit également qu'en cas d'échec des consultations ministérielles, un *Comité évaluatif d'experts* pourra être formé afin d'examiner l'application par une partie de ses normes techniques du travail¹¹⁴. D'autres consultations seront engagées à la suite de la production du rapport¹¹⁵. Si elles n'aboutissent pas, un groupe spécial arbitral pourra être institué, mais seulement dans certains cas de figure: celui-ci aura en effet compétence pour examiner si l'allégation selon laquelle une partie aurait omis de façon systématique d'assurer l'application efficace de ses normes techniques du travail concernant la santé et la sécurité du travail, le travail des enfants ou le salaire minimum vise une question se rapportant au commerce et couverte par les lois du travail mutuellement reconnues¹¹⁶. Jusqu'à présent aucun *Comité évaluatif d'experts* n'a été mandaté; de même, la procédure arbitrale n'a jamais été utilisée.

À l'instar de l'ANACT, l'ANACDE propose une batterie de procédures de réception des communications et plaintes du public, de consultation, de médiation et d'arbitrage interétatiques, avec cependant une géométrie différente. Ainsi, contrairement au schéma de l'ANACT, la réception des plaintes et communications du public est centralisée: l'article 14 de l'ANACDE prévoit en effet que le Secrétariat de la *Commission de coopération environnementale* – cette dernière étant l'organisme tripartite qui chapeaute l'ANACDE – peut examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne dans laquelle il est allégué qu'une des parties à l'ALÉNA omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement.

Le processus de traitement des communications du public dessiné aux articles 14 et 15 de l'ANACDE est organisé autour de

113. Voir ainsi les suites données à la plainte 940003 adressée au BAN des États-Unis, à la plainte 9501 adressée au BAN du Mexique, à la plainte 9601 adressée au BAN des États-Unis, à la plainte 9701 adressée au BAN des États-Unis. Les correctifs proposés sont décrits dans les rapports annuels de 1995, 1996, 1997 et 1998 de la *Commission de coopération dans le domaine du travail*, disponibles sur le site internet de cette dernière: <http://www.naalc.org>.

114. ANACT, article 23 à 26.

115. ANACT, article 27.

116. ANACT, article 29.

quatre grandes étapes, le Secrétariat ou le Conseil selon le cas¹¹⁷ pouvant à chacune de ces étapes mettre fin au processus. Première étape: le Secrétariat juge de la recevabilité de la communication. Pour faire l'objet d'un examen par le Secrétariat, la communication devra, notamment, être adéquatement documentée, indiquer que la question visée a été communiquée par écrit aux autorités compétentes du pays concerné et sembler viser à promouvoir l'application de la législation plutôt qu'à harceler une branche de production¹¹⁸. Si la communication est jugée recevable, le Secrétariat déterminera, dans un second temps, si elle justifie la demande à la partie concernée d'une réponse¹¹⁹. Dans la négative, il est mis fin au processus. Dans l'affirmative, une troisième étape s'engage: elle consiste pour le Secrétariat à déterminer si la communication justifie, à la lumière de la réponse fournie par la partie, la constitution d'un dossier factuel. Si c'est le cas, le Secrétariat notifie le Conseil qui doit alors prendre la décision de constituer ou non un dossier factuel. Le Secrétariat constituera un dossier factuel si le Conseil, par un vote des deux tiers, lui en donne instruction. La quatrième et dernière étape s'articule autour d'une décision du Conseil: après que le dossier ait été constitué et commenté par toute partie qui le souhaite, le Conseil pourra, par un vote des deux tiers, rendre le dossier factuel publiquement accessible, normalement dans les 60 jours suivant sa présentation¹²⁰.

Le dossier factuel qui éventuellement résulte de ce cheminement n'a pas de force obligatoire à l'égard de la partie en cause. La sanction produite par le processus de traitement des communications, si elle existe, est purement politique. On figure ainsi que le fait de rendre public un dossier factuel particulièrement mauvais va créer un mouvement dans l'opinion publique – nationale ou étrangère – qui ne laissera d'autre choix aux autorités nationales concernées que d'apporter des correctifs. Entre janvier 1995 et janvier 2000, vingt-trois communications ont été déposées auprès du Secrétariat. Neuf d'entre elles visaient le Canada, huit communications ciblaient le Mexique alors que les États-Unis faisaient

117. Le Secrétariat et le Conseil forment avec le Comité consultatif mixte la Commission de coopération environnementale: ANACDE, article 8(2). Les articles 9 et 10 de l'ANACDE décrivent la structure, la procédure et les fonctions du Conseil alors que l'article 11 de l'ANACDE décrit la structure et la procédure du Secrétariat.

118. ANACDE, article 14(1).

119. ANACDE, article 14(2).

120. ANACDE, article 15.

l'objet de six communications. En date du 1^{er} février 2000, il y avait 13 communications en traitement. Cinq communications ont été jugées irrecevables et en date du 1^{er} février 2000, le Secrétariat étudiait la recevabilité de deux communications. Des réponses ont été demandées ou produites dans 14 cas. Dans deux cas, une réponse n'a pas été demandée même si la communication a été jugée recevable. Le Secrétariat a recommandé au Conseil la constitution d'un dossier factuel à trois reprises alors qu'il a pris la position opposée à deux occasions. En date du 1^{er} février 2000, un seul dossier factuel avait été complété; il a été rendu public.

En parallèle avec ce processus participatif, l'ANACDE met en place un mécanisme interétatique de consultations, médiation sous l'autorité du Conseil, et d'arbitrage¹²¹. Ce mécanisme traitera de toute allégation selon laquelle une partie «aurait omis de façon systématique d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement»¹²². Si un groupe spécial est éventuellement constitué et qu'il en vient à la conclusion qu'une partie a omis de façon systématique d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement, les parties contestantes chercheront à arrêter «un plan d'action mutuellement satisfaisant et normalement conforme aux déterminations et recommandations du groupe spécial»¹²³. Le refus d'agir de la partie incriminée pourra ultimement donner lieu à une compensation monétaire¹²⁴ ou à la suspension d'avantages commerciaux découlant de l'ALÉNA jusqu'à concurrence du montant correspondant à la compensation monétaire à percevoir¹²⁵. Jusqu'à présent, aucun groupe spécial n'a été constitué en vertu de l'ANACDE.

CONCLUSION

L'ALÉNA est venu amplifier modérément une dynamique d'intégration juridique préexistante dans l'espace Canada-États-Unis. A contribué à ce mouvement un facteur non juridique, soit l'accroissement de la dépendance du Canada à l'égard des États-Unis qui résulte du libre-échange; un facteur sans doute plus significatif que les obligations et dispositifs juridiques portés par l'accord, bien qu'il ne faille pas tenir pour insignifiants les

121. ANACDE, articles 22, 23 et 24.

122. ANACDE, article 22(1) et 24(1).

123. ANACDE, article 33.

124. ANACDE, 34.

125. ANACDE, article 36.

effets structurants du principe du traitement national tel qu'il s'exprime dans l'ALÉNA, du chapitre XIX et des divers mécanismes participatifs et quasi juridictionnels dessinés dans les accords parallèles sur l'environnement et les normes du travail. Tant les États-Unis que le Canada ont recherché pour le libre-échange un cadre qui n'était pas susceptible d'entraîner ou de dériver vers une intégration juridique poussée: le premier craignait que ne s'enclenche une dynamique irréversible de débordement intégratif, le second ne pouvait tolérer quelque zone d'ombre sur sa souveraineté, ses institutions nationales ou son droit interne.

L'intégration juridique portée par l'ALÉNA, modérée, utilise largement et mise sur les processus. À cet égard, l'ALÉNA se profile comme une expérience novatrice, notamment par la mise en place d'un mécanisme supranational d'examen des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs qui se situe à la croisée du droit administratif (de par la fonction) et du droit international public (de par la nature), de même que par l'aménagement de canaux de participation du public et des organisations non gouvernementales dans les accords parallèles sur l'environnement et les normes du travail. De façon générale, c'est autour d'une certaine conception de l'État de droit axée sur la transparence, l'intégrité, l'autonomie et la robustesse des processus – tant ceux que connaissaient déjà les droits internes que ceux nouvellement institués par l'ALÉNA ou ses accords parallèles – que s'organise le chantier de l'intégration juridique associé à l'ALÉNA. Cette conception de l'État de droit transparaît à la lecture des accords comme un thème récurrent, transversal. Il est intéressant – presque ironique – de noter qu'alors que la zone nord-américaine de libre-échange se veut une entreprise obéissant à des logiques essentiellement économiques, conçue en fonction d'objectifs principalement d'ordre commercial, l'onde d'intégration juridique qu'elle a engendrée a pour fondement des valeurs qui n'appartiennent pas à la sphère de l'économisme, mais traduisent plutôt des idéaux universels quant à la façon de contenir et de régir l'exercice du pouvoir dans les sociétés.