

International law : Revista colombiana de derecho internacional

Pontificia Universidad Javeriana

internationallaw@javeriana.edu.co

ISSN (Versión impresa): 1692-8156

COLOMBIA

2005

Tatiana Oñate Acosta / Héctor M. Medina Casas

L'ARTICULATION DES MODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE L
'OMC ET L'ALENA

International law : Revista colombiana de derecho internacional, julio-diciembre,
número 006

Pontificia Universidad Javeriana

Bogotá, Colombia

pp. 11- 34

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Universidad Autónoma del Estado de México

<http://redalyc.uaemex.mx>



L'ARTICULATION DES MODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE L'OMC ET L'ALENA

TATIANA OÑATE ACOSTA*
HÉCTOR M. MEDINA CASAS**

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2005
Fecha de aceptación: 1º de noviembre de 2005

RÉSUMÉ

Les modes de règlement des différends ont connu une évolution remarquable au cours de dernières décennies, notamment, dans le cadre du commerce multilatéral et, plus récemment, au sein des accords commerciaux régionaux. Or, cette coexistence des accords régionaux, par définition préférentiels, et un régime multilatéral, par principe non discriminatoire, ne semble

* Avocat, Universidad del Rosario, Colombie. LLM en droit Français, Européen et International des Affaires, Université de Paris II (Panthéon-Assas). Diplômé en Études Juridiques Internationales, Institut des Hautes Études Internationales, Université de Paris II (Panthéon-Assas). *Profesora de carrera académica*, Faculté de droit, *Universidad del Rosario*, Colombie.

** Avocat, Pontificia Universidad Javeriana, Colombie. D.E.A. en Droit International Economique, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professeur, Faculté de droit, *Universidad del Rosario*, Colombie. *Miembro del grupo de investigación Centro de Estudios de Derecho Internacional “Francisco Suárez, S.J.”*.

pas aller de soi. Elle est pour autant autorisée, et même encourage, par l'OMC. Cependant, l'harmonisation de ces dispositifs ne s'opère pas sans difficulté, plus spécifiquement, au sujet des mécanismes de règlement dans le cadre de l'OMC et de l'ALENA. Dans cette optique, cet essai à pour tâche de répondre à la question de savoir si l'on se trouve devant un vrai chevauchement entre ces deux modes de règlement, tout en essayant de dévoiler les difficultés principales qui en découlent.

Mots clés: OMC, GATT, ALENA, *Forum Shopping*, Règlement des différends.

RESUMEN

Los mecanismos de solución de controversias han tenido una remarcable evolución en las últimas décadas, específicamente en lo que se refiere al comercio multilateral y, más recientemente, en los acuerdos comerciales regionales. Ahora bien, esta coexistencia entre acuerdos regionales, por definición preferenciales, y un régimen multilateral, por principio no discriminatorio, parece no ser compatible. Dicha coexistencia, sin embargo, está autorizada y es incluso promovida por la OMC, aunque la harmonización de estos mecanismos no sea siempre fácil especialmente en lo que a los mecanismos de solución de controversias de la OMC y del NAFTA se refiere. Desde esta perspectiva, este artículo busca examinar si existe una adecuada articulación entre estos dos mecanismos, identificando las dificultades que se presentan en su aplicación.

Palabras clave: OMC, GATT, NAFTA, *Forum Shopping*, *solución de controversias*.

SOMMAIRE

Introduction

- A. La diversité des procédures de règlement des différends
 1. La délimitation de son champ d'application
 - a. Les limites de l'article 1^{er} du Mémorandum
 - b. L'article 2004 de l'ALENA
 2. Principaux aspects visant la procédure générale dans le cadre de l'OMC et de l'ALENA
 - a. Dans l'OMC
 - b. Dans l'ALENA
- B. Une seule procédure applicable ?
 1. Des procédures en principe non cumulables
 - a. Un libre choix du mode de règlement des différends atténué
 - b. La portée du choix
 2. Les obstacles liés à la pluralité d'instruments
 - a. Le parallélisme des procédures
 - b. Les conflits liés à l'environnement
 - c. Vers une hiérarchisation des accords commerciaux ?

Bibliographie

INTRODUCTION

À l'échelle internationale, nous assistons, depuis plus d'un demi-siècle, au renforcement d'une tendance générale cherchant à faire progresser l'état de droit dans la communauté internationale par des méthodes efficaces de prévention ou de règlement des litiges menaçant directement ou indirectement la paix.

Ainsi, dans ce domaine, l'expression *règlement des différends* désigne généralement le procédé mis à la disposition des pays pour

résoudre, de façon pacifique, les conflits relatifs aux droits conférés et aux obligations imposées en vertu de différents accords et traités.

Plus particulièrement, en droit international économique, l'expression *règlement des différends* renvoie aux dispositions institutionnelles, formulées dans un accord commercial, qui permettent de régler les divergences d'opinion entre les parties. Ces diverses dispositions ont connu une évolution considérable au cours des cinq dernières décennies.

À l'origine de cette évolution se trouvent les articles XXII et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (Accord général de 1947). Ces articles prévoient un mécanisme unique en son genre de règlement des différends commerciaux entre les parties contractantes, fondé sur la conciliation¹.

Quoique embryonnaire, ce système s'avère très original. Il se caractérise non seulement par la mise en œuvre d'une *procédure interne* à l'institution elle-même, mais aussi par sa nature *non-contentieuse*. Cependant, les faiblesses du système dans sa pratique ne lui permettront pas de constituer un mécanisme totalement efficace pour régler les différends dont il aurait à connaître.

C'est en vue de combler certaines lacunes de ce système qu'ont été entamées les négociations du Cycle d'Uruguay². Ces négociations ont débouché, notamment, sur la création d'un système de règlement de conflits ordonné et surtout "conventionnalisé". Il s'agit du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures de règlement des différends (Mémorandum d'accord) figurant à l'annexe 2 de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC)³.

-
- 1 Sur le processus historique du système de règlement des différends de l'OMC et son évolution en Amérique Latine voir : DELICH, VALENTINA, "Latinoamérica y el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio", *La nueva agenda del comercio en la OMC*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2000, p. 239-257.
 - 2 C'est ainsi que la Déclaration ministérielle de Punta del Este du 20 septembre 1986 est bien le début de ces négociations.
 - 3 Ce système est mis en place par l'Acte Final de Marrakech signée le 15 avril 1994. Il succède au GATT le 1er janvier 1995.

Ainsi, ce texte, souvent considéré comme l'un des pivots de l'OMC, met en place un système unifié de règlement des différends, s'appliquant à toutes les obligations de l'OMC. Le Mémorandum d'accord prévoit un procès équitable et efficace permettant de régler les conflits commerciaux entre les membres de l'OMC, et, par ce biais, il tâche de maintenir l'effectivité de l'ensemble des règles convenues par les États membres.

Depuis le début des négociations du Cycle d'Uruguay —lequel a pour but de fortifier la mondialisation des échanges par l'établissement d'un solide mécanisme multilatéral de règlement des différends— on a pu constater un vrai pullvement d'accords régionaux commerciaux, parmi lesquels l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)⁴.

Cette coexistence d'accords régionaux, par définition préférentiels, et un régime multilatéral, par principe non discriminatoire, ne semble pas, d'emblée, évidente. Néanmoins, elle est autorisée et même encouragée par l'OMC⁵, bien que l'harmonisation de ces dispositifs ne s'opère pas toujours sans difficulté⁶.

-
- 4 Cet accord réunissant le Canada, le Mexique et les États-Unis, a succédé le 1er janvier 1994 à l'Accord de libre-échange (ALE) entre le Canada et les Etats-Unis, il a été signé en 1988 et entré en vigueur le 1er janvier 1989.
- 5 En vertu de l'article 24 du GATT, la conclusion d'accords commerciaux régionaux constitue une exception spéciale à la règle de traitement de la nation la plus favorisée et elle est autorisée à condition de remplir certaines conditions rigoureuses. Le but de ces accords est d'encourager la libéralisation des courants d'échange entre les pays participants sans opposer d'obstacles au commerce avec le reste du monde.
- 6 Cette problématique pourra aussi s'identifier dans les nouveaux accords de libre échange qui sont en train d'être négociés, actuellement, dans le cadre des Amériques; parmi ceux-ci on peut compter les négociations pour constituer une zone de libre échange pour les Amériques (ZLEA), et la conformation d'une zone de libre échange entre les pays andins et les Etats-Unis. Sur ces processus et le règlement des différends voir : ANZOLA G, MARCELA, CABALLERO S., GASPAR, CORREAL, LUIS CARLOS, *De la OMC al ALCA: bases para la negociación*, CONFECÁMARAS, Bogotá, 2002, p. 243-267; et POLANÍA P, ADRIANA, "Tendencias en la solución de controversias en comercio internacional", *Aproximación jurídica al tratado de libre comercio*, Universidad del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá, 2005, p. 289-309.

C'est notamment le cas au sujet des mécanismes de règlement des différends institués dans le cadre de l'OMC et de l'ALENA. Plusieurs questions se posent en ce qui concerne le chevauchement de leurs dispositifs respectifs, sans qu'il soit toujours possible d'y donner une réponse.

Dans cet ordre d'idées, nous envisagerons d'abord la diversité de procédures existantes (A) pour nous attacher, ensuite, aux critères déterminant l'application de l'un ou de l'autre des mécanismes, ainsi qu'aux difficultés que ce choix présente en pratique (B).

A. LA DIVERSITÉ DES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Tant l'Accord sur l'OMC que l'ALENA prévoient, chacun de leur côté, un système commun de règles et procédures applicables aux différends, quel que soit l'instrument juridique dont ils relèvent.

L'ALENA prévoit des procédures spéciales⁷ en sus de la procédure dite générale. L'OMC, de son côté, établit quelques règles spéciales et additionnelles, afin de résoudre, autrement, certains des différends. Cependant, nous bornerons notre analyse à la procédure générale des règlements des différends consacrée dans la *section B du chapitre 20 de l'ALENA*, et à celle prévue par le *Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends* dans le cadre de l'OMC.

Dans cette optique, nous cernerons tout d'abord les limites de leur champs d'application(1), pour ensuite identifier ses principaux aspects (2).

7 Dans le cadre de l'ALENA il existe deux procédures spéciales, l'une relative aux différends concernant l'imposition des droits compensateurs et aux mesures antidumping (chapitre 19). Et, l'autre relative aux différends en matière d'investissements (chapitre 11). Ce qui implique l'exclusion du chapitre 20 dans ces domaines-là.

1. LA DÉLIMITATION DE SON CHAMP D'APPLICATION

En général, cette procédure vise à prévenir et à régler un différend touchant à l'interprétation ou l'application de ces accords. Cependant, il convient de tenir compte des exclusions et précisions résultant de l'article 1^{er} du Mémorandum d'accord (a) et des celles issues de l'article 2004 de l'ALENA (b).

a. LES LIMITES DE L'ARTICLE 1^{ER} DU MÉMORANDUM

De façon schématique, il résulte de cet article que la procédure générale s'applique soit automatiquement (i), soit de manière conditionnelle (ii).

1) CAS D'APPLICATION AUTOMATIQUE

Cette application automatique sera possible dans le cadre de l'accord instituant l'OMC, et dans celui des accords multilatéraux relatifs au commerce des marchandises, au commerce des services et aux aspects du droit de propriété intellectuelle touchant au commerce.

2) CAS D'APPLICATION CONDITIONNÉE

-*Par le Mémorandum d'accord lui-même.* Il s'agit ici des différends nés de l'application des accords visés à l'appendice 2 du Mémorandum d'accord⁸. La condition découle du fait que la procédure générale n'est applicable que dans les cas où ces accords n'ont pas prévu de

8 Les accords qui comportent des règles spéciales ou additionnelles sont : L'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, l'accord sur les textiles et les vêtements, l'accord sur les obstacles techniques au commerce, l'accord sur les mesures anti-dumping, l'accord sur l'évaluation en douane, l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires, l'accord général sur le commerce de services (services financiers et aériens).

règle spéciale ou additionnelle pour le règlement du différend. En effet, en cas de conflit entre ces règles générales et les règles spéciales prévues par ces accords, ces dernières l'emporteront sur les premières⁹.

Dans le cas des accords plurilatéraux¹⁰ ce sont les parties, elles mêmes, les appelées à décider d'assujettir l'accord au mémorandum et à préciser les modalités particulières de son application.

Ceci étant, nous pourrons entamer l'étude du domaine d'application de celle de l'ALENA. Pour ces fins, nous analyserons l'article 2004 de cet accord.

b. L'ARTICLE 2004 DE L'ALENA

1) LES CRITÈRES D'APPLICATION

Pour faire jouer la procédure générale cet article prend en considération deux critères : il s'intéresse au contenu de la mesure, avant d'analyser les effets qu'elle pourrait entraîner.

Le critère matériel. A partir de ce critère, la procédure générale s'avérera applicable aux différends relatifs à une mesure *adoptée* ou *envisagée*¹¹ par une partie, et dont l'autre partie estime qu'elle est ou serait incompatible avec les obligations découlant de l'ALENA.

- 9 Mémorandum d'accord. Article 1-2. “ (...) Dans la mesure où il y a une différence entre les règles et procédures du présent mémorandum d'accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles indiquées à l'appendice, ces dernières prévaudront (...) ”
- 10 Les accords plurilatéraux ne lient pas tous les membres de l'OMC, mais seulement à ceux qui les ont accepté. Ces accords sont l'accord sur le commerce des aéronefs civiles et l'accord sur les marchés publics.
- 11 Il est intéressant de noter que cette approche n'a pas été retenue dans le cadre de la procédure générale de règlement des différends de l'OMC. En effet, dans ce domaine la simple possibilité qu'une mesure soit incompatible avec les accords visés ne permettrait pas d'obtenir son retrait. Il faut, surtout, le constat de cette incompatibilité (v. Mémorandum d'accord. Article 3-7)

Si cette mesure s'avère compatible, il conviendra alors d'examiner *les conséquences* qui en découleraient, afin d'établir si la procédure générale est néanmoins applicable¹².

Le critère finaliste. Ce critère prend en compte les conséquences d'une mesure : la procédure générale pourra être suivie dans les différends relatifs à une mesure adoptée ou envisagée par une partie, lorsque l'autre partie estime que cette mesure *annule ou compromet un avantage*.

Or, toutes les mesures qui annulent ou compromettent un avantage ne pourront faire l'objet d'un recours en application de la procédure générale de règlement de différends. En effet, l'annexe 2004 du chapitre 20 de l'ALENA limite la portée du recours à certaines d'entre elles seulement.

Il s'agira, par conséquent, d'identifier les situations dans lesquelles la procédure générale n'est pas applicable.

2) LES EXCLUSIONS

Concernant les mesures annulant ou compromettant un avantage découlant de l'ALENA, c'est *l'annexe 2004* qui établit lesquelles seront écartées du champ d'application de la procédure générale. Plus généralement, c'est *l'article 2004* qui précise les questions objet d'une procédure spéciale.

Les exclusions contenues dans l'annexe 2004. Selon cet annexe, les mesures annulant ou compromettant des avantages résultant de la partie IV (marchés publics), du chapitre 11 (investissements) et de services visés par les chapitres 13 (télécommunications), 14 (services financiers), 15 (politique de concurrence, monopoles et

12 Sur ce point, il importe de noter que là aussi le Mémorandum d'accord s'éloigne de l'approche retenue par l'article 2004. En effet, le Mémorandum d'accord établit une présomption selon laquelle dans tous les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé la mesure en cause annule ou compromettre un avantage (v. Mémorandum d'accord. Article 3-8)

entreprises d'Etat) ainsi que du chapitre 16 (admission temporaire des hommes et femmes d'affaires) ne rentrent pas dans le champ d'application de la procédure générale prévue par le chapitre 20¹³.

Les exclusions prévues par l'article 2004. D'après ce texte, les dispositions dont l'objet est la prévention ou le règlement de tous les différends se rapportant à l'interprétation ou à l'application de l'Accord, en ce qui concerne les matières visées au chapitre 19 (Décisions finales en matière de droits antidumping ou compensateurs) donneront lieu à une procédure particulière de règlement des différends¹⁴.

En outre, en utilisant l'expression “ [s]auf stipulation contraire du présent accord ”, l'article 2004 paraît également vouloir limiter la portée de la procédure générale dans le cas de certaines autres questions¹⁵.

Ce champ d'application étant défini, il convient à présent d'analyser les principaux aspects de la procédure générale dans le cadre de chacun de ces instruments.

13 Voir TURP, DANIEL, “ L'accord de libre échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends ”, *Annuaire Français de Droit International*, Paris, 1992, p. 808-822.

14 Quant aux différends relatifs aux services financiers il faut préciser que s'ils ne sont pas exclus du champ d'application de la procédure générale, cependant des dispositions particulières s'appliquent lorsque on fait appel à la procédure générale de règlement des différends à l'égard des services financiers (v. ALENA, article 1414).

15 C'est ainsi, notamment, en ce qui concerne les différends relatifs aux investissements que sont régis par une procédure particulière établie par le chapitre 11 de l'ALENA. En vertu de ce chapitre, les investisseurs peuvent saisir directement les États pour le règlement des différends en matière d'investissement. Ce mécanisme garantit aux investisseurs des Parties un traitement égal, en conformité avec le principe de la réciprocité internationale, et une procédure régulière devant un tribunal impartial (v. ALENA article 1115). Voir aussi LEMAIRE, AXELLE, “ Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : Le chapitre 11 de l'ALENA ”, *Revue de l'arbitrage*, 2001, pp. 43-91; GUERRERO PENICHE, NICOLAS, “ Examples of chapter 11 NAFTA disputes, a trade-investment-environment experience ”, *Estudios sociojurídicos*, vol. 4, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, p. 17-57 ; DUMBERRY, PATRICK, “ The NAFTA investment dispute settlement mechanism and the admissibility of Amicus Curiae briefs by NGOs ”, *Estudios sociojurídicos*, vol. 4, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, p. 58-79.

2. PRINCIPAUX ASPECTS VISANT LA PROCÉDURE GÉNÉRALE DANS LE CADRE DE L'OMC ET DE L'ALENA

Les conflits soulevés dans le cadre de l'OMC et de l'ALENA sont de nature juridique car ils concernent l'interprétation ou l'application du contenu de l'un ou de l'autre accord. En règle générale les différends juridiques sont réglés par la voie juridictionnelle, mais ceci n'empêche point l'utilisation de mécanismes politiques¹⁶. Ceci étant, nous examinerons comment ces mécanismes sont utilisés dans l'OMC (a) et dans l'ALENA (b).

a. DANS L'OMC

Nous pouvons identifier dans cette procédure une première étape d'autocomposition¹⁷ où les États cherchent eux-mêmes une solution au différend, et une seconde étape d'hétérocomposition où un tiers concourt au procès pour proposer ou donner une solution. La première étape s'agissant des consultations, tandis que la deuxième fait intervenir l'Organe de Règlement des différends (ORD).

Les consultations constituent le pivot du règlement politique. Elles ne sont rien d'autre que le moyen diplomatique par lequel les parties essayent de trouver une solution amiable au différend. Elles constituent une étape obligatoire pour les États. En effet, un pays membre ne peut saisir l'ORD que lorsque les tentatives de règlement à l'amiable sur la base de consultations bilatérales ont échoué¹⁸.

16 Il faut noter que le fait de choisir soit un mode politique soit un mode juridictionnel pour trancher un différend ne change pas sa nature. CARREAU, DOMINIQUE et JUILLARD, PATRICK, Droit International Economique, Paris, LGDJ, 4e éd., 1998. p. 539.

17 Composition dans le sens “ d'accord entre plusieurs personnes qui acceptent de transiger sur leurs prétentions respectives ” Dictionnaire Le Petit Robert, Paris 1996. p. 425.

18 Mémorandum d'accord, article 4.

Les consultations s'effectuent dans un délai de 60 jours. Si au terme de ce délai les parties n'ont pas parvenu à trouver une solution satisfaisante pour chacune, la partie plaignante pourra officiellement demander à l'ORD de désigner un groupe spécial chargé d'examiner la plainte¹⁹.

A partir de l'établissement d'un groupe spécial, certains aspects juridictionnels apparaissent. Le groupe est composé de trois personnes, à moins que les États parties ne conviennent qu'il sera composé de cinq personnes²⁰. La composition de ce groupe est en principe déterminée en consultation avec les parties au différend. Les noms des personnes sont proposés par le Secrétariat de l'OMC, à partir d'une liste d'experts.

Le groupe spécial doit présenter à l'Organe de Règlement des Différends, dans un délai de six à neuf mois²¹, un rapport contenant des constatations et des recommandations. Le groupe doit procéder à une évaluation objective des faits de la cause et de la conformité des mesures en cause avec les dispositions des accords.

Le rapport du groupe spécial peut être soumis à un Organe d'Appel Permanent (OAP)²². Cet organe est composé de sept personnes dont l'autorité est reconnue : des experts en droit, en commerce international et sur les questions relevant des Accords. Aussi bien la partie plaignante que la partie contestante peuvent faire appel. L'intervention de l'organe d'appel est limitée aux questions et aux interprétations juridiques données par le groupe spécial. Le rapport de l'organe d'appel doit être présenté à l'ORD dans un délai de 60 à 90 jours. L'organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial.

19 Mémorandum d'accord, article 5-4.

20 Mémorandum d'accord, article 8-5.

21 Mémorandum d'accord, article 12-8.

22 Mémorandum d'accord, article 17-1.

Le rapport du groupe spécial, ou celui de l'Organe d'appel si l'une des parties a interjeté appel du rapport du groupe spécial, est soumis à l'ORD pour son adoption, après laquelle, le rapport est mis en oeuvre.

L'Etat qui n'a pas respecté ses obligations doit donner suite dans les moindres délais aux recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Si la partie en infraction ne tient pas compte des recommandations dans un délai raisonnable, la partie qui a mis en oeuvre la procédure de règlement des différends peut demander une compensation. Finalement, si la partie en infraction ne donne pas suite aux recommandations et refuse d'offrir une compensation appropriée, l'autre partie peut demander à l'ORD de l'autoriser à prendre des mesures de rétorsion en suspendant l'application de concessions ou d'autres obligations résultant des Accords.

Les règles prévoient que l'ORD doit autoriser des mesures de rétorsion dans les mêmes domaines dans lesquels le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation. Cependant, dans le cas contraire, il peut autoriser des mesures de rétorsion dans d'autres domaines du même Accord.

La compensation et les mesures de rétorsion sont des mesures provisoires. La solution définitive intervient au moment où les recommandations ont été mises en œuvre.

Enfin, pour trouver une solution acceptable pour les deux parties, celles-ci peuvent demander à tout moment au Directeur général de l'OMC, ou à toute autre personne, d'offrir ses bons offices pour assurer une conciliation et une médiation entre elles.

b. DANS L'ALENA

Comme dans le cadre de l'OMC, les États parties de l'ALENA peuvent régler leurs différends par le biais des consultations²³ ou de la participation d'organes d'experts indépendants nommés groupes

23 ALENA, article 2006.

spéciaux arbitraux²⁴. A différence de l'OMC, l'ALENA établit deux institutions responsables de la mise en œuvre et de la gestion conjointe de l'Accord. Il s'agit de la commission au libre échange et le secrétariat de l'ALENA.

La Commission au libre-échange est composée des représentants de chaque partie. Les responsabilités de la Commission sont multiples. Elles comprennent notamment la direction des travaux de tous les comités et groupes de travail institués en vertu de l'Accord.

Le Secrétariat de l'ALÉNA comprend la Section canadienne, la Section des États-Unis et la Section mexicaine. Il s'agit d'un organisme particulier établi par la Commission au libre-échange pour contrôler l'application des dispositions de l'ALÉNA relatives au règlement des différends. Le Secrétariat prête également assistance à la Commission et appuie les travaux des autres comités et groupes institués en vertu de l'accord.

Toute partie pourra demander des consultations avec une autre partie. La durée minimale des consultations est de 30 jours qui pourront se prolonger jusqu'à 45 jours²⁵. Concernant des consultations sur des produits agricoles périssables la durée établie est de 15 jours.

Lorsqu'un différend relatif à l'ALÉNA n'est pas résous au moyen de consultations, l'affaire peut être renvoyée, à la demande de l'une des parties, devant un groupe spécial arbitral. Ce groupe spécial est composé de cinq membres dont le choix est différent selon le nombre des parties au litige²⁶.

Le groupe spécial arbitral doit préparer deux rapports, l'un initial et l'autre final. Le rapport initial doit être présenté dans les 90 jours suivants la désignation du dernier membre du groupe. Ce rapport doit contenir des constatations de fait, la détermination de

24 ALENA, article 2008.

25 ALENA, article 2007.

26 ALENA, article 2011.

l'incompatibilité de la mesure ainsi que les recommandations pertinentes. Le rapport final doit être présenté dans les 30 jours suivants la présentation du rapport initial, si des observations écrites ont été faites sur celui-ci.

Le chapitre 20 prévoit des conseils d'examen scientifique, qui pourront être constitués par les groupes spéciaux arbitraux, en consultation avec la Partie contestante, et dont la tâche consistera à présenter un rapport écrit sur tout point de fait se rapportant à des questions d'environnement, de santé ou de sécurité ou d'autres questions scientifiques, afin d'aider le groupe spécial arbitral concerné à rendre sa décision.

Le chapitre 20 contient aussi des dispositions relatives à l'intervention des tiers. Ainsi, une tierce partie qui estime avoir un intérêt substantiel dans une question en litige peut se joindre aux consultations ou à la procédure, au titre de Partie plaignante. Si une tierce Partie ne prend pas la qualité de Partie plaignante, elle pourra, après signification d'un avis écrit, assister aux audiences, présenter des soumissions écrites et orales et recevoir les soumissions écrites des Parties contestantes.

Ayant analysé les principaux aspects de la procédure générale dans le cadre de l'OMC et l'ALENA, et délimité leur champ d'application respectif, il convient à présent d'examiner les règles permettant de coordonner ces procédures et les difficultés liées à leur coexistence.

B. UNE SEULE PROCÉDURE APPLICABLE ?

On peut constater que plusieurs questions sont traitées à la fois dans l'ALENA et dans le Mémorandum d'accord, ainsi que dans d'autres accords adoptés sous l'égide du GATT. Or, les réponses à ces questions divergent selon qu'on se place dans le cadre de l'un ou de l'autre de ces mécanismes de règlement des différends. Certaines solutions s'avérant plus favorables que d'autres, cette diversité peut conduire à une partie à un différend à choisir, parmi les différentes

règles applicables, celles qui conviendront le mieux à ses intérêts. C'est ce que l'on appelle le phénomène du "*forum shopping*".

En essayant de limiter au maximum cette possibilité, l'ALENA pose certains principes dont le but principal est d'écarter l'utilisation simultanée des recours institués par les différents accords. Ce souci de limiter le recours à un seul et même instrument (1), ne suffit pas, pour autant, à résoudre tous les problèmes découlant de leur coexistence (2).

1. DES PROCÉDURES EN PRINCIPE NON CUMULABLES

a. *UN LIBRE CHOIX DU MODE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ATTÉNUÉ*

1) LE CONTENUE DU PRINCIPE

Il s'agit d'un principe de droit international fermement établi²⁷, posé par l'article 33 alinéa 1 de la Charte de l'Organisation des Nations Unies selon lequel :

"Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens politiques de leur choix"²⁸.

27 COMBACAU, JEAN et SUR, SERGE, *Droit International Public*, Montchrestien, 1995, p. 571 et 572.

28 Ce principe peut être limité dans la mesure où les parties se sont engagées à l'avance par la voie conventionnelle à se soumettre à une procédure déterminée de règlement.

Il en va de même s'agissant du droit international économique. En effet, tant le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement de différends de l'OMC²⁹, que l'ALENA, l'érigent comme un axe fondamental pour l'identification de la procédure applicable à un différend.

Ainsi, en vertu de ce principe, la partie plaignante à un différend relatif à une question soumise à la fois à l'ALENA et à l'Accord général, pourra choisir à son gré l'un ou l'autre instrument afin de régler le différend en question.

Pour autant, ce principe se révèle loin d'être absolu. En effet, il existe trois situations au sein desquelles la procédure générale de l'ALENA s'appliquera même si la partie plaignante en a voulu autrement. Nous analyserons, par la suite, ces trois cas d'exception.

2) LES CAS D'APPLICATION EXCLUSIVE DE L'ALENA

Il en est ainsi, d'abord, quand les trois parties à l'ALENA³⁰ ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le choix de la procédure de l'Accord général. Le paragraphe premier de l'article 2005 de l'ALENA prévoit que la partie voulant engager la procédure de règlement de différends de l'Accord général à l'encontre d'une autre partie, devra, avant-tout, notifier sa décision à toute tierce partie. Si cette tierce partie veut, à son tour, engager la procédure de l'ALENA, elle devra informer de son choix la partie notifiante. Après quoi, les parties procéderont à des consultations afin de se déterminer lequel des deux instruments sera utilisé en son ensemble pour régler le différend. A défaut d'accord, la procédure normalement engagée sera celle de l'ALENA³¹.

29 Articles 5 et 25 du mémorandum. V. Op. Cit. CARREAU, DOMINIQUE et JUILLARD, PATRICK. p. 74-76.

30 C'est à dire les Etats-Unis d'Amérique, le Canada et le Mexique.

31 Article 2005 (2).

Il en va de même, ensuite, pour les différends qui, selon la partie défenderesse, concernent les rapports entre l'ALENA et les accords en matière d'environnement et de conservation (art. 104), ainsi que les différends relatifs aux mesures sanitaires et phytosanitaires (chapitre 7) et des mesures normatives (chapitre 9). A ce propos, le deuxième et le troisième paragraphes de l'article 2005 de l'ALENA précisent respectivement qu'il doit s'agir soit d'une *mesure adoptée ou maintenue* par une Partie pour protéger la santé et la vie des personnes ou des animaux ou préserver les végétaux, ou pour protéger son environnement, soit d'une *mesure qui soulève des points de fait* concernant l'environnement, la santé, la sécurité ou la conservation, y compris des questions scientifiques directement connexes.

Dans ces cas là, la partie défenderesse pourra, par conséquent, demander que la question en litige soit examinée en vertu de l'ALENA. Il en résulte que la partie plaignante ne pourra par la suite, au regard de cette question, avoir recours à aucune autre procédure de règlement des différends en dehors de cet accord.

Enfin, si la partie plaignante a déjà engagé une procédure³² devant l'ORD, elle devra mettre fin à sa participation dans les moindres délais au cas où elle recevrait une demande par écrit de la partie défenderesse souhaitant que la question soit examinée en application de l'ALENA³³.

Quoi qu'il en soit, la procédure prévue par le Mémorandum d'accord se trouve écartée dans l'un et l'autre cas, et le risque de se trouver face à deux procédures concomitantes semble alors éliminé. Pourtant, nous verrons que dans les faits la coordination de ces procédures est loin d'être aussi simple.

32 Selon le paragraphe 7 de l'article 2005 de l'ALENA, une procédure de règlements en vertu de l'accord général est réputée avoir été engagée quand une partie demande l'institution d'un groupe spécial, ou l'ouverture d'une enquête de comité.

33 Article 2005 (5).

b. LA PORTÉE DU CHOIX

Une fois qu'une procédure de règlement des différends est engagée, soit en vertu de l'article 2007 de l'ALENA, soit en vertu de l'Accord général, l'instrument choisi sera utilisé à l'exclusion de l'autre instrument³⁴. Cette règle procède d'un souci de prévention. Son but, en effet, est d'éviter que des déterminations et recommandations d'un organe puissent être soumises à une procédure s'apparentant à une révision ou un appel. Dans ce sens, elle veille à faire obstacle à la création d'une hiérarchie entre les groupes spéciaux de l'OMC et ceux de l'ALENA³⁵.

Or, cette règle ne joue pas en dehors du champ d'application de la procédure générale, ce qui rend plus difficile la coordination entre deux mécanismes.

Nous envisagerons, par la suite, certains des obstacles à surmonter afin de clarifier les règles applicables au différend.

2. LES OBSTACLES LIÉS À LA PLURALITÉ D'INSTRUMENTS*a. LE PARALLÉLISME DES PROCÉDURES*

Concernant la procédure générale de règlement des différends prévue par le chapitre 20 de l'ALENA, nous avons vu que, par règle générale, le choix de la partie plaignante devient définitif une fois qu'elle a déterminé le cadre dans lequel elle veut régler le différend. De ce fait, l'instrument choisi sera appliqué pour la résolution du conflit tandis que l'autre sera exclu de toute utilisation.

34 Article 2005 (6).

35 *Op. cit.* TURP, DANIEL. V. BURDEAU, GENEVIÈVE, "La diversification des procédures de règlement des différends", *Actualités des conflits internationaux*, Pedone, 1993, p. 169.

Il est important de remarquer que cette disposition ne s'applique pas aux différends concernant l'imposition des droits compensateurs et aux mesures antidumping. En effet, dans ce domaine, ce sont les règles contenues dans le chapitre 19 de l'ALENA qui seront appliquées à la résolution du conflit. Dès lors, en l'absence dans ce chapitre d'une limitation semblable à celle contenue dans l'article 2005, il n'existe aucun obstacle à ce qu'une partie plaignante puisse recourir à l'un ou à l'autre des instruments, voire les utiliser tous les deux.

Ainsi, il est arrivé que des conflits entre les Etats-Unis et le Canada concernant le champ d'application du chapitre 19 soient soulevés de façon concomitante devant l'ALENA et l'OMC. C'est le cas, notamment, du règlement du différend relatif au bois d'œuvre résineux opposant à ces deux pays³⁶. Dans cette affaire, le gouvernement canadien conteste, entre autres, la décision de la Commission du commerce international des États-Unis selon laquelle une branche de production des États-Unis était menacée de subir un dommage important en raison des importations de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, dont le Département du commerce avait déterminé qu'elles étaient subventionnées et vendues aux États-Unis à un prix inférieur à leur juste valeur³⁷.

36 Le Canada a entrepris trois démarches juridiques en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain et trois devant l'Organisation mondiale du commerce pour défendre les intérêts des exportateurs canadiens de bois d'œuvre résineux. C'est ainsi qu'actuellement trois contestations en vertu de l'ALENA sont en cours pour récuser les déterminations (décisions) finales du département américain du Commerce en ce qui concerne les droits compensateurs et les mesures antidumping, et celle de la Commission du commerce international des États-Unis relativement à la menace de préjudice de la Commission du commerce international des États-Unis respectivement. Mais aussi, le Canada a engagé de nombreuses procédures à l'OMC, où il en appelle entre autres des déterminations préliminaires et finales du département américain du Commerce relativement aux droits compensateurs. Pour plus d'information, consulter le site Internet du ministère d'affaires étrangères du gouvernement canadien.

37 Pour plus d'information, consulter les dossiers: WT/DS257 Etats-Unis: Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada; WT/DS264 Etats-Unis: Détermination finale des ventes à des prix inférieurs à leur juste valeur : certains produits de bois d'œuvre du Canada;

La possibilité d'invoquer les règles de l'ALENA aussi bien que celles de l'OMC dans ce domaine n'est pas à l'abri des critiques. En effet, cette possibilité pourrait entraîner une jurisprudence autonome et divergente des différents organes de décision de chaque forum³⁸. En effet, en l'absence de hiérarchie entre eux il n'existerait aucun moyen de contrôler une décision afin d'obtenir une solution unifiée. Par conséquent, dans une affaire où il existe une triple identité de sujet, cause et objet, il sera possible d'obtenir deux décisions contradictoires.

b. LES CONFLITS LIÉS À L'ENVIRONNEMENT

Comme nous l'avons déjà signalé, il existe pour les différends relatifs aux rapports de l'ALENA avec les accords en matière d'environnement et de conservation³⁹, ainsi que les différends relatifs aux mesures sanitaires et phytosanitaires⁴⁰ et des mesures normatives⁴¹, une règle par laquelle la partie défenderesse pourra échapper à l'application de toute autre procédure en demandant la soumission du litige aux dispositions de la ALENA.

Cette règle donnant préférence aux dispositions de cet accord sur n'importe quel autre instrument et, notamment, à l'égard du dispositif OMC, est connue sous la dénomination de "*clause échappatoire*"⁴². Son application peut être perçue comme une sorte d'entrave à la liberté du commerce et des marchandises. En effet,

WT/DS/277 États-Unis: Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada.
www.wto.org.

38 *Op. cit.* BURDEAU, GENEVIÈVE, L'auteur plantait cette problématique à propos des procédures de l'ALENA et du GATT.

39 Article 104 de l'ALENA.

40 Voir chapitre 7 de l'ALENA.

41 Voir chapitre 9 de l'ALENA.

42 A l'origine de cette disposition se trouve l'affaire Thon-Dauphins, GATT, DS21, 3 septembre 1991, et la controverse qui s'ensuivit dans les milieux environnementaux.

un examen attentif des dispositions de l’ALENA permet de constater des exigences de preuve plus élevées dans le cadre de cet Accord que ce que requiert l’OMC pour justifier une restriction basée sur des mesures environnementales.

c. VERS UNE HIÉRARCHISATION DES ACCORDS COMMERCIAUX?

L’article 103 de l’ALENA répond à cette question. Il prévoit d’abord que:

“[I]es Parties confirment les droits et obligations existants qu’elles ont les unes envers les autres aux termes de l’*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* et d’autres accords auxquels elles sont parties”.

La formulation reconnaît donc tous les droits imposés par tous les autres accords existants ou qui pourraient être conclus dans l’avenir entre ces pays. Cependant, l’article 103 (2) énonce une règle de préséance en cas d’incompatibilité, laquelle se lit comme suit:

“[e]n cas d’incompatibilité entre le présent accord [l’ALÉNA] et ces autres accords, le présent accord, sauf disposition contraire, prévaudra dans la mesure de l’incompatibilité”.

Or, en cas de conflit entre un traité déjà existant et l’ALÉNA ou un traité qui serait éventuellement conclu par un des pays parties à cet Accord et l’Accord de libre-échange, ce dernier aurait prédominance? Nous penchons pour une réponse affirmative. En effet, nous considérons que l’article 103 consacre donc bel et bien la prédominance hiérarchique de l’ALÉNA sur les autres traités, conclus ou à être conclus à l’avenir entre les Parties.

BIBLIOGRAPHIE

- ANZOLA G., MARCELA ; CABALLERO S., GASPAR, CORREAL, LUIS CARLOS, *De la OMC al ALCA: bases para la negociación*, CONFECAMARAS, Bogotá, 2002.
- BLIN, OLIVIER, *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Paris, Ellipses, 1999.
- BURDEAU, GENEVIÈVE, "La diversification des procédures de règlement des différends", *Actualités des conflits internationaux*, Pedone, 1993.
- CANAL-FORGUES, ERIC, "Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce", *AFDI*, 1996.
- CARREAU, DOMINIQUE et JUILLARD, PATRICK, *Droit International Economique*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1998.
- COMBACAU, JEAN et SUR, SERGE, *Droit International Public*, Montchrestien, 1995.
- DELICH, VALENTINA, "Latinoamérica y el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio", *La nueva agenda del comercio en la OMC*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2000.
- DUMBERRY, PATRICK, "The NAFTA Investment dispute settlement mechanism and the admissibility of *Amicus Curiae* briefs by NGOs", *Estudios sociojurídicos*, vol. 4, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.
- GUERRERO P., NICOLAS, "Examples of chapter 11 NAFTA disputes, a trade-investment-environment experience", *Estudios sociojurídicos*, vol. 4, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.
- KAYUMI ROSA (A), "Old Wine, new skins: NAFTA and the evolution of international trade dispute resolution", *Michigan journal of international law*, vol. 15, n° 255, Automne 1993.
- LEMAIRE, AXELLE, "Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : Le chapitre 11 de l'ALENA", *Revue de l'arbitrage*, 2001.
- MILANOVA, ALICE, "Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les autours discrets d'une hégémonie", *Journal de droit international I*, 2003.

- POLANIA P., ADRIANA, “*Tendencias en la solución de controversias en comercio internacional*”, *Aproximación jurídica al tratado de libre comercio*, Universidad del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005.
- RENOUF, YVES, “Garantir les Droits de la Défense” quelques remarques préliminaires sur la nécessité de développer les règles de procédure dans le Règlement des différends de l’OMC”, *Colloque de Nice, S.F.D.I.*, Paris, Pédone, 1996.
- ROESSLER, FRIEDER, “Evolution du système de règlement des différends du GATT/de l’AOC”, *Colloque de Nice, S.F.D.I.*, Pédone, 1996.
- RUIZ FABRI, HÉLÈNE, “Le règlement des différends dans le cadre de l’Organisation Mondiale du Commerce”, *Clunet*, 1997.
- RUIZ FABRI, HÉLÈNE, “L’appel dans le règlement des différends de l’OMC : Trois ans après, quinze rapports plus tard”, *R.G.D.I.P.*, 1999.
- TURP, DANIEL, “L’accord de libre échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends”, *Annuaire Français de Droit International*, Paris, 1992.