

**RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR  
LE COMMERCE INTÉRIEUR :**

**LA PERSPECTIVE DES CONSOMMATEURS**



**PUBLIC INTEREST ADVOCACY CENTRE  
LE CENTRE POUR LA DÉFENSE DE L'INTÉRÊT PUBLIC**

Rédigé par : Marina Pavlović, Jonathan Bishop et Philip Holdsworth

Le Centre pour la défense de l'intérêt public

1, rue Nicholas, bureau 1204

Ottawa, Ontario K1N 7B7

Mai 2015

**Tous droits réservés © CDIP, 2015**

Il est interdit de reproduire ce document à des fins commerciales,  
mais sa reproduction à d'autres fins est encouragée, à condition que la source soit citée.

Le Centre pour la défense de l'intérêt public  
(CDIP)

Bureau 1204

1, rue Nicholas

Ottawa (Ontario)

K1N 7B7

Tél. : (613) 562-4002    Télécopieur : (613) 562-0007

Courriel : [piac@piac.ca](mailto:piac@piac.ca)    Site Web : [www.piac.ca](http://www.piac.ca)

Données de catalogage avant publication (Canada)

Résolution de différends dans le cadre de l'Accord sur le commerce intérieur :  
La perspective des consommateurs

Le CDIP a reçu du financement du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Industrie Canada afin de préparer ce rapport. Les avis exprimés dans le rapport ne sont pas nécessairement ceux d'Industrie Canada ou du gouvernement du Canada.

## RÉSUMÉ

La présente étude du mécanisme de règlement de différends de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) a déterminé qu'une série de modifications est nécessaire afin que l'Accord comble ses objectifs d'une manière plus efficace. Ces objectifs comprennent la promotion d'un marché ouvert, efficace et stable aux fins de la création d'emploi, de la croissance économique et de la stabilité à long terme en réduisant et en éliminant dans la mesure du possible, les barrières au libre mouvement des personnes, des marchandises, des services et des investissements au Canada. L'ACI semble être axé sur la prévention de nouvelles barrières au commerce, tout en fournissant peu d'incitatifs pour l'élimination des obstacles existants. Nous soutenons que les recommandations comprises dans le présent rapport adhèrent à une série de principes directeurs initialement articulés dans le Protocole d'entente sur les mesures visant à supprimer ou à réduire les entraves interprovinciales au commerce. Par conséquent, le mécanisme de règlement de différends de l'ACI, s'il est modifié d'après nos recommandations, améliorera sa *crédibilité*, sa *transparence*, son *efficacité*, son *accessibilité*, son *opportunité*, et sa *nature publique*.

Le mécanisme de règlement de différends actuel de l'ACI met l'accent sur la consultation et la médiation entre les gouvernements, puis le passage à une procédure arbitrale ponctuelle. Le processus de règlement de différends existant en vertu de l'ACI semble privilégier l'évitement plutôt que le règlement de différends. Cette approche a suscité la perception que l'Accord semble s'occuper de la seule prévention des nouvelles barrières commerciales et n'incite guère à éliminer les barrières existantes. Nous soutenons que les éléments structurels du mécanisme de règlement de différends de l'ACI, notamment la primauté des négociations et de la conciliation, la priorité du règlement de différends entre gouvernements, ainsi que l'observation volontaire non exécutoire compromettent la crédibilité, la transparence et finalement l'efficacité même du mécanisme de règlement de différends.

L'exigence actuelle de consultation prévue par le mécanisme de règlement de différends soumet le processus à la fois à la manipulation et aux compromis en matière de normes et de principes de l'Accord. Le processus qui est fermé au public expose le processus de négociation à la complaisance et à des exceptions de type *quid pro quo* par les parties aux engagements de l'Accord. En outre, l'absence de transparence et la surveillance d'un tiers contribuent peu à l'assurance de la productivité et de l'efficacité du processus consultatif.

En résumé, l'interaction structurée des chapitres à la Partie IV de l'Accord est le rêve d'un avocat. Il est temps de se débarrasser des feintes dignes d'une partie de cartes en fin de soirée concernant les engagements en vertu des chapitres neuf et onze de l'accord qui « l'emportent » sur tous les autres engagements, verticaux ou horizontaux, et l'idée que n'importe quel engagement d'un chapitre vertical « l'emporte » sur les engagements inscrits dans les chapitres horizontaux. Nous proposons de laisser les groupes spéciaux évaluer la cohérence d'une mesure en fonction du bien-fondé d'une affaire. La nature inégale de l'applicabilité de l'ACI aux organes gouvernementaux ou aux administrations municipales rajoute tout bonnement une autre dimension d'ambiguïté à un processus déjà alambiqué.

À l'autre extrémité du spectre, nous notons l'incertitude existante concernant l'applicabilité et l'influence des autres régimes juridiques et normes interprétatives sur l'interprétation du groupe

spécial de l'ACI. Nous soutenons qu'en raison du positionnement unique de l'ACI au carrefour du droit national et international, du droit public et privé, une définition plus explicite du rôle des normes et des principes interprétatifs des systèmes juridiques externes augmenterait la prévisibilité de l'Accord.

La durée du processus de règlement de différends de l'ACI était également une source de préoccupation. Dans les 13 cas réglés à l'étape des consultations, le stade de consultation moyen a duré 35,2 mois. Dans le cas des affaires où un groupe spécial a été constitué, le délai moyen de règlement de différends était 41,2 mois. L'ACI a pour objectif central la résolution rapide des différends, les données limitées indiquent que l'objectif de l'opportunité n'est pas satisfait en vertu du régime actuel.

En raison de la nature non contraignante et volontaire de la conformité avec l'ACI, les personnes privées ont indubitablement trop peu d'incitation à recourir aux procédures de règlement de différends en vertu de l'ACI. L'absence de recours afin d'interjeter appel des décisions d'un groupe spécial de l'observation ne fait qu'exacerber cette opinion. En outre, l'utilisation d'examins par une Partie à l'Accord afin d'évaluer les affaires potentielles se révèle un processus très peu transparent. Une évaluation indépendante, fondée sur des critères objectifs, accroîtrait la prévisibilité, la certitude et l'accessibilité du mécanisme de règlement de différends. En outre, ce type d'évaluation aiderait les personnes à évaluer le bien-fondé de leur cause et la probabilité qu'une intervention provinciale en leur nom réussisse. Bref, un processus d'évaluation indépendant éliminerait les considérations politiques de la décision d'une province à soulever un différend pour le compte d'une personne.

L'ACI limite toujours la participation des tierces parties, comme les groupes de défense de l'intérêt public. Un groupe spécial peut uniquement consulter des experts si toutes les parties à un différend donnent leur consentement. Les groupes spéciaux de l'ACI règlent les différends en fonction des mesures mises en œuvre par des gouvernements démocratiquement élus ou des organes habilités par la loi. Par conséquent, l'accessibilité et la participation des groupes de défense de l'intérêt public sont essentielles à l'amélioration de la nature publique, transparente et accessible du mécanisme de règlement de différends et de la légitimité des décisions rendues par les groupes spéciaux.

Nous soutenons que l'ACI tente d'établir un équilibre entre la libéralisation du commerce interne et le respect de la souveraineté législative de la province par le biais de l'exception des « objectifs légitimes ». Un mécanisme de règlement de différends orienté par les personnes susceptibles de subir le préjudice ou le refus d'avantages en conséquence d'une violation de l'Accord, pourrait constituer le système le plus efficace afin de déceler et de déterminer la portée et l'application des engagements pris par les Parties. À la différence d'autres États fédéraux, l'union économique interne du Canada ne possède pas le soutien institutionnel qui exerce un rôle actif dans la levée des obstacles au commerce. Par conséquent, nous soutenons que les frontières économiques internes du Canada sont semblables aux frontières internationales, puisque chaque province fonctionne comme un État doté d'une autorité législative souveraine. Dans ce contexte, nous avons passé en revue les mécanismes actuellement exploités dans d'autres territoires de compétence conçus pour régler des différends entre entités politiques souveraines.

Une comparaison avec les accords internationaux d'investissement (AII) a révélé que l'ACI prévoit un droit d'appel plus restreint pour les personnes privées désireuses d'engager des procédures que la plupart des AII. La restriction réside dans la qualité directe des personnes privées à intenter une action en vertu de l'ACI. L'exigence du consentement préalable d'une partie en vue d'instruire une plainte donne lieu à la possibilité du recours à des tactiques de bras de fer et met la province demanderesse dans une situation de conflit d'intérêts. Il semble que les AII ont tenté de dépolitiser les différends économiques internationaux en les faisant passer progressivement d'un cadre d'État à État au domaine du règlement privé de différends économiques.

Contrairement à l'ACI, la plupart des AII ainsi que les accords sur le commerce intérieur tels que le nouvel accord de partenariat commercial de l'Ouest (NWPTA) emploient une approche de liste négative des obligations d'investissement. Les Parties aux AII préservent leur autonomie législative par le biais de clauses d'exception. Il en résulte une approche nettement plus simple que l'approche prévue par l'ACI qui porte à confusion. De nombreux AII indiquent également clairement que les États sont responsables des actes de leurs organes affiliés dans le cas où ceux-ci causent un différend. L'ACI possède une approche variable de l'applicabilité selon le chapitre de l'accord applicable au différend en question. Cette approche entraîne le risque qu'un organe exerçant un pouvoir délégué par une Partie à l'ACI mette en œuvre une mesure incompatible avec les engagements de la partie, mais au titre de laquelle il n'existerait aucun recours.

De nombreux AII prévoient une exigence de consultations avant que les parties à un accord puissent engager des procédures arbitrales. La période d'attente a pour objet d'encourager le règlement de différends dans la mesure du possible, mais n'entrave pas la procédure arbitrale en l'absence d'un règlement. L'ACI impose aux parties plaignantes deux exigences procédurales différentes en matière de consultations, selon s'il s'agit ou non d'une partie ou d'une personne désireuse d'engager des procédures de règlement de différends. Une partie doit demander des consultations par avis écrit précisant la mesure en vigueur ou envisagée, la disposition pertinente de l'ACI ainsi qu'un résumé de la plainte. Bien que l'ACI n'impose aux parties aucune exigence de s'acquitter de leur obligation de consulter, il est impossible de demander la constitution d'un groupe spécial avant 120 jours après la date de réception d'une demande de consultations. Cependant, une personne n'est pas tenue par l'Accord d'entamer des négociations ou des consultations, lorsqu'un examinateur a approuvé sa demande d'engager des procédures de règlement de différends. Curieusement, les exigences procédurales de soumission d'une demande d'examen d'un différend ne précisent pas explicitement quelles exigences s'appliquent à l'instruction d'une demande auprès d'un examinateur.

Des tribunaux d'arbitrage constitués en vertu d'accords internationaux sur les investissements (AII) ont été accusés d'avoir rendu des interprétations incohérentes en raison de l'inapplicabilité du principe juridique de *stare decisis*. Cela a provoqué une incertitude à l'égard de la signification des principales obligations en vertu du traité. Cette incertitude existe également dans le cadre de l'ACI et nous soutenons que les Parties à l'ACI s'inquiètent que l'interprétation future des obligations par des groupes spéciaux ponctuels fasse en sorte que des accords soient imprégnés d'un sens contraire aux intentions initiales des parties.

Alors qu'historiquement, l'ACI a déployé peu d'efforts, voire aucun, afin de solliciter l'intervention des tierces parties, la participation des tiers aux audiences des groupes spéciaux

exerce un rôle prépondérant dans l'accroissement de la transparence de la procédure arbitrale. L'ALENA, le modèle canadien d'APIE et le CIRDI autorisent tous les trois la participation des tierces parties. Nous maintenons qu'en vertu de la vaste portée de l'accord, l'ACI devrait donner l'occasion à des tiers d'intervenir et de présenter des observations à différents stades des procédures de règlement de différends, et ce, dans l'intérêt de la transparence. C'est en gardant ces éléments à l'esprit que nous formulons les recommandations figurant à la fin du présent rapport dans le but de rectifier ce qui suit :

- La structure globale du mécanisme de règlement de différends;
- Les règles juridictionnelles applicables au Chapitre dix-sept;
- Les mécanismes procéduraux à la disposition des parties à un différend.

## TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ .....	3
GLOSSAIRE .....	13
TABLEAUX ET FIGURES .....	14
AUTEURS .....	15
Remerciements .....	16
Introduction .....	17
1. L'ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR .....	19
1.1. ORIGINES ET HISTORIQUE DE L'ACI .....	19
1.2. APERÇU DES OBLIGATIONS DANS L'ACI .....	21
1.3. OBJECTIF ET PRINCIPES DE L'ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR .....	24
1.4. INTERVENANTS .....	27
1.4.1. Le gouvernement fédéral .....	27
1.4.2. Les Provinces .....	30
1.4.1. Le secteur privé .....	31
1.4.2. Les consommateurs .....	32
2. LE MÉCANISME DE RÉOLUTION DE DIFFÉRENDS DE L'ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR .....	34
2.1. HISTORIQUE ET MODIFICATIONS DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS .....	34
2.2. OBJECTIFS .....	36
2.3. LA STRUCTURE DU MÉCANISME DE RÉOLUTION DE DIFFÉRENDS	37
2.3.1. Compétence <i>ratione materiae</i> .....	38
2.3.1.1. Exclusion des engagements du Chapitre quatre des chapitres sectoriels	
38	
2.3.1.1. Exclusions et limitations de l'application du Chapitre dix-sept .....	43

2.3.1.1.	Répartition des compétences et interaction entre les Chapitres sectoriels	
		43
2.3.2.	Compétence d'un groupe spécial <i>ratione personae</i> .....	45
2.3.2.1.	Une « Partie » aux fins de la compétence d'un groupe spécial .....	45
2.3.2.2.	Une « personne d'une Partie » aux fins de la compétence du groupe spécial	49
2.4.	DROITS PROCÉDURAUX ET MÉCANISMES DE RÉOLUTION DE DIFFÉRENDS .....	50
2.4.1.	Partie A : Règlement des différends entre gouvernements.....	52
2.4.2.	Partie B : Règlement des différends entre une personne et un gouvernement .....	54
2.5.	MODÈLES EXISTANTS D'UTILISATION .....	57
2.6.	INCIDENCES DU STATUT JURIDIQUE ET MÉCANISMES D'OBSERVATION DE L'ACI.....	62
2.6.1.	Statut juridique et dispositions d'observation.....	63
2.6.2.	Efficacité des mécanismes procéduraux prévus au Chapitre dix-sept.....	65
3.	ANALYSE.....	67
3.1.	INFLUENCE CONCURRENTIELLE DES EXIGENCES CONSULTATIVES ET DÉCISIONNELLES.....	68
3.1.1.	L'incidence de l'absence de précédents sur la cohérence du règlement de différends .....	69
3.1.2.	L'exigence de mener des consultations .....	70
3.2.	COMPÉTENCE D'UN GROUPE SPÉCIAL SUR LES DIFFÉRENDS DÉCOULANT DE L'ACCORD.....	73
3.3.	LES RAPPORTS DE L'ACI AVEC LES SYSTÈMES JURIDIQUES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX .....	75
3.4.	RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS PAR UNE PARTIE AU NOM D'UNE PersonNE .....	77
3.5.	RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS ENTRE UNE PERSONNE ET UN GOUVERNEMENT .....	79
3.5.1.	Examineurs .....	80

3.6.	INTERVENANTS ET EXPERTS .....	81
3.7.	L'ÉMERGENCE DE SOLUTIONS DE RECHANGE INTERPROVINCIALES 82	
3.8.	INQUIÉTUDES ENTOURANT LE RENFORCEMENT DU RÔLE DE L'ARBITRAGE PAR TIERS EN VERTU DE L'ACI.....	84
4.	ANALYSE COMPARATIVE DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS DANS LE CADRE D'ACCORDS INTERNATIONAUX SUR LE COMMERCE ET L'INVESTISSEMENT .....	87
4.1.	GAMME DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS DANS LE CADRE D'ACCORDS ÉCONOMIQUES INTERNATIONAUX .....	88
4.2.	ÉVALUATION DES MÉCANISMES INTERNATIONAUX DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS .....	90
4.3.	SYSTÈMES D'ACCÈS DIRECT : ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTAT .....	92
4.3.1.	Consentement à l'arbitrage .....	93
4.3.2.	Champ d'application.....	94
4.3.3.	Application temporelle .....	95
4.3.4.	Application sectorielle .....	95
4.3.5.	Exception au titre d'« objectifs légitimes » .....	96
4.3.6.	Attribution of measures to a State .....	98
4.3.7.	Délais de prescription .....	99
4.3.8.	Consultation .....	99
4.3.9.	<i>Stare Decisis</i> .....	101
4.3.10.	<i>Amici Curiae</i> .....	102
4.3.11.	Procédures sommaires .....	103
4.4.	SYSTÈMES DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS ENGAGÉS PAR LES ÉTATS .....	104
4.4.1.	Qualité pour agir .....	105
4.4.2.	Consultations .....	106
4.4.3.	Sélection et composition des groupes spéciaux d'arbitrage .....	107

4.4.4.	Les pouvoirs de l'organe d'appel .....	108
4.4.5.	<i>Stare Decisis</i> .....	109
4.4.6.	<i>Amici Curiae</i> .....	110
4.4.7.	Réexamen intermédiaire .....	111
4.4.8.	Adoption des rapports des groupes spéciaux par l'ORD.....	112
4.4.9.	Requête des parties initiatrices .....	113
5.	CONCLUSION .....	114
6.	RECOMMANDATIONS .....	121
6.1.	STRUCTURE DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS .....	123
6.1.1.	Établir un registre permanent, limité et de roulement des membres du groupe spécial d'appel.....	123
6.1.2.	Le Conseil doit approuver, par consensus renversé, tous les groupes spéciaux, les groupes spéciaux d'appel et les décisions de groupes spéciaux de l'observation de décisions. ....	123
6.1.3.	Rendre exécutoires les décisions approuvées rendues par les groupes spéciaux d'appel et lier les groupes spéciaux de première instance.....	124
6.2.	COMPÉTENCE.....	125
6.2.1.	Retirer la priorité interprétative des chapitres sectoriels verticaux sur les chapitres horizontaux et autoriser les groupes spéciaux à évaluer la cohérence d'une mesure avec les engagements de la Partie fondée sur le bien-fondé d'une cause...	125
6.2.2.	Lorsqu'une mesure est incompatible avec les engagements inscrits au Chapitre quatre (Règles générales), mais ne relève pas de l'un des chapitres sectoriels définis, autoriser l'engagement de procédures de règlement de différends en vertu de la Partie A du Chapitre dix-sept .....	125

6.2.3.	Consolider ou unifier la définition d'« objectif légitime » dans les chapitres sectoriels et suivant les besoins, diffuser des notes interprétatives concernant l'application à des secteurs particuliers .....	125
6.2.4.	Autoriser les personnes afin d'engager des procédures relativement aux mesures envisagées qui n'ont pas provoqué un préjudice ou refus d'avantages par le biais du mécanisme de règlement de différends « entre gouvernements, pour le compte d'une personne » .....	127
6.2.5.	Éliminer le délai de prescription qui s'applique aux personnes désireuses d'engager des procédures en vertu du Chapitre dix-sept .....	127
6.3.	PROCÉDURE.....	128
6.3.1.	Les règlements négociés (par voie de consultation) doivent se conformer aux règles de fond de l'ACI.....	128
6.3.2.	Élaborer un mécanisme par lequel les personnes peuvent officiellement contribuer ou participer au processus de consultation en vertu du processus de la Partie A	128
6.3.3.	Élaborer un mécanisme d'appel limité à la disposition des personnes, au motif qu'un règlement négocié entre les parties n'est pas conforme aux règles de fond de l'ACI.....	129
6.3.4.	Introduire des facilitateurs sur demande durant l'étape de consultation .	129
6.3.5.	Établir un système formel, objectif et indépendant afin d'évaluer la demande d'engager des procédures en vertu du règlement de différends « entre gouvernements pour le compte d'une personne » .....	129
6.3.6.	Dans le cadre du règlement de différends « entre gouvernements pour le compte d'une personne », éliminer l'exigence qu'un préjudice ou refus d'avantages soit subi par la personne « dans la province » et établir une présomption réfutable qu'une mesure incompatible avec les engagements de l'Accord constitue un préjudice ou un refus d'avantages .....	130

6.3.7. Éliminer et remplacer le processus d'examen prévu à la Partie B par une procédure sommaire statuée par un groupe spécial, à la demande de la Partie défenderesse.....	130
6.3.8. Éliminer la capacité des contestataires de bloquer la consultation d'un groupe spécial avec les experts et autres tierces parties non assujetties à l'Accord, et formaliser un mécanisme qui facilite la présentation d'observations auprès d'un groupe spécial par groupes de défense de l'intérêt public.....	131
BIBLIOGRAPHIE.....	132

## GLOSSAIRE

ACCQO	<i>Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario</i>
ACGAC	Association des comptables généraux accrédités du Canada
ACI	Accord sur le commerce intérieur
ACIMMO	<i>Accord sur le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre</i>
AEGC	Accord économique et commercial global
ALE	Accord de libre-échange Canada – États-Unis
ALENA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
APIE	Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers
CFPPCA	Comité fédéral-provincial des politiques de commerce agricole
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
MARD	Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC
NWPTA	<i>nouvel accord de partenariat commercial de l'Ouest</i>
OMC	Organisation mondiale du commerce
PE	Protocole d'entente
RDIE	règlements de différends connus entre investisseurs et États
SCAE	Société canadienne d'agroéconomie
TIB	Traité d'investissement bilatéral

## TABLEAUX ET FIGURES

Tableau 1. Survol des chapitres sectoriels et de leur portée.....	23
Figure 2. Compétence <i>ratione materiae</i> .....	42
Figure 3. Compétence matérielle par rapport à la primauté du chapitre sectoriel .....	45
Figure 4. Compétence <i>ratione personae</i> .....	48
Figure 5. Processus de règlement de différends de l'ACI.....	51
Figure 6. Procédures de règlement de différends engagées par Chapitre au fil du temps	58
Figure 7. Différends par étape de règlement à la disposition .....	599
Figure 8. Disposition des consultations .....	599
Figure 9. Stade de règlement de différends à la décision définitive.....	60
Figure 10. Délai moyen de règlement de différends à divers stades.....	611
Figure 11. Type de différend par fréquence et durée .....	622

## AUTEURS

**Marina Pavlović** est professeure adjointe à la section common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Elle est titulaire d'une maîtrise en droit et en technologie de l'Université d'Ottawa et d'une licence en droit de l'Université de Belgrade. Ses domaines d'enseignement et la recherche sont le règlement de différends, la protection du consommateur, l'accès à la justice et les conflits de lois.

**Jonathan Bishop** est analyste de recherche au bureau d'Ottawa du Centre pour la défense de l'intérêt public. Avant de rejoindre le CDIP en août 2012, Jonathan était responsable des Affaires parlementaires et des relations avec les intervenants au Bureau de la concurrence et a travaillé huit ans au Sénat et à la Chambre et Communes en tant qu'adjoint législatif et conseiller en politique. Jonathan est titulaire d'un baccalauréat en Science politique de l'Université Acadia et un diplôme universitaire de premier cycle de l'Université du Nouveau-Brunswick.

**Philip Holdsworth** est étudiant en droit Baker & McKenzie LLP, à Toronto. Il a terminé son *Juris Doctor* à la section common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa en 2016, où il a obtenu une spécialisation en droit international. Avant de commencer sa formation juridique, Philip a fait des études supérieures au programme de développement international à l'Université York et était expert-conseil en relations publiques. Philip est titulaire d'un baccalauréat ès arts de l'Université McGill.

## **REMERCIEMENTS**

Le CDIP a reçu du financement du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Industrie Canada afin de préparer ce rapport. Les avis exprimés dans le rapport ne sont pas nécessairement ceux d'Industrie Canada ou du gouvernement du Canada.

Les auteurs tiennent à remercier spécialement John Lawford, directeur général du CDIP pour son soutien et sa précieuse rétroaction; professeur Neil Sargent pour sa révision et sa rétroaction; Rajiv Prasad (promotion 2012 du programme *Juris Doctor* de l'Université d'Ottawa) pour son aide à la recherche; Daniel Elmadany (promotion 2016 du programme *Juris Doctor* de l'Université d'Ottawa) pour la relecture et la correction d'épreuves; ainsi que les intervenants qui ont partagé leurs vues sur le mécanisme de règlement de différends.

## INTRODUCTION

Vous êtes apprenti dans un métier spécialisé dans une province canadienne et vous souhaitez déménager dans une autre province afin d'améliorer vos perspectives d'emploi? Vous êtes peut-être amateur d'un vin canadien que vous avez essayé en vacances, mais vous avez de la difficulté à vous le procurer dans votre région. Peut-être en avez-vous simplement assez de payer trop cher votre lait. Si vous êtes un consommateur canadien, vous risquez d'avoir été touché par un obstacle au commerce intérieur pratiquement tous les jours.

L'Accord sur le commerce intérieur (ACI) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1995 et a été conçu pour éliminer les barrières au commerce, à l'investissement et à la mobilité au Canada. En théorie, l'ACI contient les moyens de libéraliser davantage les échanges au sein du Canada. En outre, l'accord prévoit des procédures de règlement de différends qui sont accessibles aux particuliers et aux entreprises ainsi qu'aux gouvernements.

En pratique, toutefois, nous ne sommes pas certains de ce que prévoit exactement l'ACI dans son système de règlement de différends. Les critiques soutiennent que le système actuel est inefficace et n'apporte qu'un soutien moral aux personnes qui soulèvent une plainte. Puisque les groupes spéciaux constitués en vertu de l'ACI règlent des différends fondés sur des mesures mises en œuvre par les gouvernements démocratiquement élus ou les organes habilités par la loi, on peut soutenir que l'obtention de règlements nécessite plus que le seul soutien moral. Par conséquent, on se demande si l'ACI ne fait qu'apporter un soutien moral, devrait-il être modifié et dans quelle mesure afin d'atteindre les objectifs ambitieux qui lui ont été affectés en 1995?

Nous supposons qu'un accord efficace sur le commerce intérieur, assorti d'un système de règlement de différends comme élément dissuasif, contribuerait à de nombreuses améliorations pour les consommateurs canadiens. L'élimination des obstacles au commerce risque de faire diminuer les coûts de production d'une gamme de biens et de services offerts au Canada. Ces économies pourraient en théorie être transférées à la population canadienne sous la forme de prix réduits. Un accord modifié pourrait également aligner effectivement les normes et la réglementation permettant aux Canadiens qui ont suivi une formation dans une province d'être plus facilement recrutés par une autre. Des améliorations de ce type pourraient également permettre d'attirer davantage d'investissements économiques dans certaines régions de compétence canadienne, ce qui contribuerait par ailleurs au bien-être des Canadiens.

Le présent examen a pour objet d'examiner les dispositions de règlement de différends prévues par l'ACI afin d'éclairer tout accord ultérieur. Afin de satisfaire cet objectif, la présente étude examine les origines de l'ACI en général ainsi que les dispositions de l'Accord afférentes au règlement de différends. La section 3 du rapport examine les dispositions du Chapitre dix-sept de l'ACI et les deux avenues procédurales par lesquelles une plainte peut être réglée. Cette section se penche également sur les 56 causes intentées en vertu du Chapitre dix-sept afin de déceler des tendances. En outre, cette section examine les ramifications du caractère non exécutoire de l'Accord et les mécanismes d'observation en vue du règlement de différends.

Ainsi, il sera possible de répondre à une série de questions relatives à l'efficacité des systèmes de règlement de différends en vertu de l'ACI en ce qui concerne le respect des objectifs de l'Accord.

Par exemple, alors que le système de règlement de différends met l'accent sur la consultation et la médiation entre gouvernements, ce processus peut-il être géré plus efficacement? Les dispositions de l'Accord doivent-elles être modifiées afin d'assurer que le passage d'un différend à un arbitrage ponctuel ne produise un retard excessif? Lorsque les personnes privées emploient leur droit limité d'action contre les Parties à l'ACI et se voient refuser par le gouvernement de faire avancer le différend dans le système, l'Accord sert-il bien ces personnes? Voilà quelques-unes des questions auquel le présent rapport compte répondre.

La section 4 du présent rapport propose une analyse comparative des mécanismes de règlement de différends dans les accords internationaux en matière de commerce et d'investissement. Puisque l'union économique interne du Canada ne possède pas le soutien institutionnel afin de faire observer activement les engagements en faveur de l'élimination des barrières commerciales dans d'autres territoires de compétence fondés sur une fédération, les frontières économiques intérieures du Canada fonctionnent d'une manière analogue aux frontières économiques internationales. Par conséquent, un aperçu comparatif des mécanismes relevant d'autres compétences permet d'en observer le fonctionnement et les pratiques exemplaires en vue de modifier le mécanisme de règlement de différends de l'ACI. Cela comprend une étude des principales caractéristiques des deux systèmes de règlement de différends internationaux les plus courants — règlements de différends connus entre investisseurs et États (RDIE) et le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

À la différence de la majorité des enquêtes portant sur le fonctionnement de l'ACI, la présente étude est réalisée du point de vue du consommateur. Puisque l'ACI est le fruit du fédéralisme exécutif au Canada, personne ne sait quelle influence les consommateurs ou leurs défenseurs ont exercée sur le texte définitif de l'ACI. Puisque l'ACI limite toujours sérieusement la participation des tierces parties telles que les groupes de défense de l'intérêt public aux procédures des groupes spéciaux, nous entamons la présente étude avec l'idée préconçue que l'ACI présente encore des difficultés relativement à son accessibilité, sa transparence et sa légitimité même.

### *Méthodologie*

En vue de préparer le présent rapport, un certain nombre de méthodes de recherche ont été employées par les auteurs. Une revue de la documentation en la matière a donné le cadre historique des enjeux ainsi que le positionnement antérieur des intervenants. De plus, une analyse comparative des dispositions pertinentes d'autres accords commerciaux a permis de mettre au point une plage de solutions de rechange en matière de politiques que l'on pourrait envisager d'appliquer aux mesures existantes de l'ACI. Ces dispositions ont été évaluées afin de déterminer leur applicabilité au panorama interprovincial canadien au profit des consommateurs canadiens. Enfin, des consultations ont été menées auprès d'intervenants nationaux, y compris des associations de représentants industriels et du commerce au détail. Les organismes interrogés sont ceux qui, d'après l'estimation des auteurs, présentent une association avec le processus de règlement de différends de l'ACI. La définition de ces organismes a été effectuée en outre par voie d'examen des différends soulevés en vertu de l'ACI durant les deux dernières décennies. Les entrevues avec les intervenants qui en résultent ont été menées en personne et par téléphone.

# 1. L'ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR

## 1.1. ORIGINES ET HISTORIQUE DE L'ACI

Les origines du débat national et de l'accord subséquent sur le commerce intérieur au Canada découlent de la reconnaissance que les politiques interventionnistes des provinces dans les marchés ont eu une incidence négative sur le commerce interprovincial. En 1964, dans le cadre de l'atelier de la Société canadienne d'agroéconomie (SCAE), Wood souligne l'impact du soutien des revenus agricoles et des commissions d'établissement des prix en matière du commerce interprovincial. Les participants à la conférence ont reconnu que l'intervention provinciale dans les marchés exerçait une distorsion sur le commerce interprovincial, mais ont convenu que si cette situation était regrettable, les avantages de ces programmes dépassaient les coûts négligeables considérés comme engagés.

Il a été estimé que si la plupart des lois régissant les agences de commercialisation sont adoptées à l'échelle provinciale, d'où le dérangement potentiel de l'équilibre concurrentiel entre les producteurs de différentes provinces, les distorsions réelles n'étaient pas significatives en termes de coût à la société<sup>1</sup>.

Tout au long des années 1970, la discussion et le débat public considérable entourant la question des politiques d'intervention dans les marchés, notamment le régime de quotes-parts, centré sur les préoccupations associées à leurs effets sur les prix à la consommation<sup>2</sup>, mais accordé très peu d'attention au commerce interprovincial<sup>3</sup>. Cependant, en 1981, l'attention du public était captée par l'ampleur et la rigueur du coût économique des barrières à l'agriculture engendrées par les politiques provinciales<sup>4</sup>. « La sensibilisation aux obstacles du commerce interprovincial s'inscrit dans une tendance élargie d'inquiétude à l'égard des barrières non tarifaires du commerce et de déréglementation qui soufflait sur toute l'Amérique du Nord<sup>5</sup>. »

Les gouvernements fédéral et provinciaux ont rencontré des obstacles constitutionnels dans une première tentative d'établir un ACI. En février 1985, à la réunion du Conseil des premiers ministres à Regina, les Ministres ont convenu d'une initiative afin d'examiner les barrières au commerce interprovincial et de trouver des moyens de réduire ou d'éliminer leurs répercussions. En septembre 1985, le rapport de la Commission royale MacDonald sur l'économie a demandé d'emprunter une approche progressive prudente de la mise en œuvre du libre commerce intérieur. La *Constitution* n'avait pas réussi à efficacement favoriser l'intégration de l'économie canadienne.

---

<sup>1</sup> GI Trant, « The Implications of Interregional Competition in Canadian Agriculture for Federal and Provincial Development Programs » Report of the Ninth Annual Workshop of the Canadian Agricultural Economics Society: Interregional Competition in Canadian Agriculture (26 au 30 juin 1964, St. Anne de Bellevue, Québec).

<sup>2</sup> Food Prices Review Board, *Telling It Like It Is: Final Report of the Food Prices Review Board* (Ottawa: Food Prices Review Board, 1976).

<sup>3</sup> Barry E Prentice, « Interprovincial Barriers to Agricultural Trade » dans Filip Palda ed, *Provincial Trade Wars: Why the Blockade Must End* (Vancouver: The Fraser Institute, 1994) 83, pp. 94-95.

<sup>4</sup> Economic Council of Canada, *Reforming Regulation* (Ottawa: Minister of Supply and Services, 1981); EL Menzie, *Interprovincial Barriers to Trade in Agricultural Products* (Ottawa: Economic Working Paper, Agriculture Canada, 1981); RE Haack, DR Hughes and RG Shapiro, *The Splintered Market: Barriers to Interprovincial Trade in Canadian Agriculture* (Ottawa: Canadian Institute for Economic Policy, 1981).

<sup>5</sup> Barry E Prentice, « Interprovincial Barriers to Agricultural Trade », p. 97 (références omises).

Alors que l'article 121 exclut explicitement les barrières tarifaires entre provinces, des barrières non tarifaires pouvaient susciter une discrimination quant à l'origine provinciale. De plus, il n'existe aucune autorité claire dans la structure constitutionnelle afin de résoudre les différends des commerces interprovinciaux<sup>6</sup>. L'intégration du commerce intérieur libre exigerait un amendement constitutionnel ou un instrument politique non constitutionnel afin d'éliminer les barrières au commerce interprovincial.

La Commission a déterminé que la négociation de normes de libre-échange au sein de la *Constitution* créerait des exceptions exhaustives, ce qui nuirait à l'objectif de cette modification. Le "code de conduite économique" fédéral-provincial proposé sur le commerce intérieur serait appliqué par la pression politique, le développement de la confiance à l'endroit d'un système d'intégration. De plus, un mécanisme de résolution de différends serait mis sur pied avec l'autorité de formuler des ordonnances exécutoires. Le résultat voulu, au fil du temps, était que les gouvernements fédéral et provinciaux seraient à l'aise de convenir d'un amendement constitutionnel officiel<sup>7</sup>.

Le Comité fédéral-provincial sur la politique commerciale agricole (CFPPCA) a relevé les barrières au commerce interprovincial, qui soutenaient un cadre visant leur élimination. À la fin de 1986, les ministres de l'Agriculture ont mis sur pied le CFPPCA dans une initiative nationale d'élimination des barrières. Le Comité a élaboré un inventaire des obstacles au commerce interprovincial, classés en catégories de barrières commerciales techniques ou non et a précisé les différentes exigences nécessaires à leur élimination<sup>8</sup>. En 1992, en préparation de l'ACI, les ministres de l'Agriculture ont approuvé un protocole d'entente (PE) mettant en place un cadre d'élimination ou de réduction des barrières au commerce interprovincial.

Dans le but d'aider à éliminer les barrières techniques au commerce, le PE comprenait un mécanisme détaillé de résolution de différends<sup>9</sup>. Le PE décrit un mécanisme de résolution de différends en deux étapes — les consultations entre les gouvernements qui, si elles échouent, seraient suivies d'une résolution de différends. Le PE a mis en relief *la crédibilité, la transparence, l'efficacité, l'accessibilité, l'opportunité et la nature publique*<sup>10</sup> à titre de valeurs sous-jacentes du système de résolution de différends.

Le mécanisme de résolution de différends illustre des mécanismes semblables dans l'arène internationale. En 1988, la signature de l'Accord de libre-échange (ALE) Canada-États-Unis a

---

<sup>6</sup> Malgré le fait que les dispositions initiales de la Constitution se sont révélées inefficaces et n'ont permis de favoriser la vocation supérieure d'intégration nationale des dispositions, y compris le « pouvoir en matière de commerce » (art. 121), elles ont exercé des rôles importants dans la dynamique de pouvoir en jeu dans la négociation de dispositions de règlement de différends et d'observation, tel que discuté ci-après.

<sup>7</sup> Bryan Schwartz, « Assessing the Agreement on Internal Trade: The Case for a 'More Perfect Union' » dans Douglas M Brown et Jonathan W Rose, rédacteurs, *Canada: The State of the Federation 1995* (Institute for Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985) 189, p. 191.

<sup>8</sup> Barry E Prentice, « Interprovincial Barriers to Agricultural Trade », p. 98.

<sup>9</sup> Barry E Prentice, « Interprovincial Barriers to Agricultural Trade ».

<sup>10</sup> *Accord sur le commerce interne*, 1<sup>er</sup> juillet 1995, « annexe 903.1 – Protocole d'entente sur les mesures visant à supprimer ou à réduire les entraves interprovinciales au commerce des produits agricoles et alimentaires », p. 120, <http://www.ait-aci.ca/en/ait/AIT%20Original%20with%20signatures.pdf>.

souligné les barrières économiques au commerce interprovincial associées aux produits agricoles. Cependant, l’ALE a potentiellement facilité la concurrence des producteurs sur le marché américain plutôt qu’avec les autres provinces canadiennes. En outre, les dispositions de résolution de différends de l’ACI sont influencées par l’Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et la ronde de Tokyo de l’Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et en tiennent compte. Parallèlement, l’Accord sur le commerce intérieur (ACI) ne prévoit pas de disposition d’exécution contraignante par voie de l’octroi de dommages-intérêts, d’une injonction ou d’une autre ordonnance équivalente<sup>11</sup>. Toutefois, ces trois accords internationaux ont fortement souligné la résolution des conflits par consultation et médiation entre les gouvernements. Si les voies diplomatiques échouent, des groupes spéciaux ponctuels, plutôt que des tribunaux ou qu’un tribunal ou une cour permanente peuvent tenter de résoudre le différend entre les Parties.

L’accord a été conclu le 1<sup>er</sup> juillet 1995. Depuis lors, treize protocoles de modifications ont été adoptés. Les changements pertinents au chapitre de la Résolution des différends sont traités à la section 2.1 ci-dessous.

## 1.2. APERÇU DES OBLIGATIONS DANS L’ACI

L’ACI se partage en sept parties :

- Mise en contexte introductive
  - Partie I : généralités (Chapitres un et deux)
  - Partie II : autorisations constitutionnelles (Chapitre trois)
  - Partie III : règles générales (Chapitre quatre)
- Disposition sectorielle
  - Partie IV : dispositions sectorielles particulières (Chapitres cinq à quinze)
- Dispositions finales
  - Partie VI: dispositions institutionnelles (Chapitres seize et dix-sept)
  - Partie VII: dispositions finales (Chapitre dix-huit)

L’objectif de l’ACI, les principes directeurs (chapitre 1), le contexte constitutionnel (chapitre 3) et les règles générales définissant les obstacles au commerce au Canada (chapitre 4) encadrent l’accord dans son ensemble. L’article 400 stipule que les règles générales (chapitre 4) s’appliquent uniquement aux questions couvertes dans les onze chapitres sectoriels. Chacun de ces chapitres délimite la mesure dans laquelle les règles générales s’appliquent aux questions couvertes dans les chapitres respectifs et définissent par ailleurs les autres règles applicables.

---

<sup>11</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade » dans Michael J Trebilcock et Daniel Schwanen, rédaction, *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, Policy Study No 26, (Toronto: CD Howe Institute, 1995) 171, à pp. 171 et 172.

Les chapitres sectoriels sont divisés en deux catégories : des engagements horizontaux et verticaux. L'engagement vertical couvre des secteurs particuliers notamment les biens agricoles et alimentaires, les boissons alcoolisées, le traitement des ressources naturelles, l'énergie<sup>12</sup>, les communications et les enjeux de l'approvisionnement, l'investissement, la mobilité de la main-d'œuvre, les mesures relatives et les normes à la consommation ainsi que la protection de l'environnement. Ces questions recourent plusieurs secteurs de l'industrie. Par conséquent, les chapitres sont applicables à toutes les questions relevant de leur portée et « *le cas échéant*, aux questions relevant de la portée d'un chapitre vertical<sup>13</sup> ».

<b>Engagements verticaux</b>	<b>Engagements horizontaux</b>
<b>Chapitre 9 – Produits agricoles et alimentaires :</b> examine les systèmes de gestion de l'offre de produits laitiers, de la volaille et des œufs; élimine les obstacles techniques entre les provinces tels que les normes et calibres différents et la réglementation de la santé des animaux et de la végétation	<b>Chapitre 5 – Approvisionnement :</b> élimine les prix locaux préférentiels, les spécifications techniques biaisées, les exigences d'inscription injustes et autres pratiques discriminatoires à l'intention des fournisseurs non résidents en vue d'assurer un accès équitable à l'approvisionnement pour tous les fournisseurs canadiens intéressés
<b>Chapitre 10 – Boissons alcoolisées :</b> interdit les pratiques discriminatoires dans des domaines tels que la description des produits, la tarification, la distribution et la commercialisation entre les commissions des alcools et les points de vente au détail des provinces	<b>Chapitre 6 – Investissement :</b> veille à ce que les entreprises canadiennes puissent prendre des décisions en matière d'investissement fondées sur les conditions du marché en éliminant les barrières à l'investissement axées sur le lieu de l'administration centrale, interdire les conditions locales de contenu et d'achat, réduire les exigences de résidence locale et la normalisation des exigences d'inscription des entreprises
<b>Chapitre 11 – Traitement des ressources naturelles :</b> interdit l'introduction de barrières au traitement des produits forestiers, du poisson et des ressources minières	<b>Chapitre 7 – Mobilité de la main-d'œuvre :</b> permet aux travailleurs qualifiés d'exercer leur métier n'importe où au Canada en éliminant les exigences de résidence; exige que la délivrance des permis, la certification et l'inscription reposent principalement sur les compétences; engagement à respecter les qualifications professionnelles des travailleurs et de concilier les différences en termes de normes professionnelles
<b>Chapitre 12 – Énergie :</b> vise l'harmonisation du traitement des biens et des services énergétiques	<b>Chapitre 9 – Mesures et normes relatives à la consommation :</b> concilie les exigences de protection du consommateur des différentes provinces qui forment des barrières non tarifaires en vue de permettre aux entreprises canadiennes de profiter des économies d'échelle en desservant des plus grands marchés avec les mêmes produits
<b>Chapitre 13 – Communication :</b> veille à l'égalité d'accès aux réseaux publics de télécommunications et à l'utilisation des services publics de télécommunications	<b>Chapitre 15 – Protection environnementale :</b> veille à ce que les mesures fédérales ou provinciales ne deviennent pas des barrières commerciales non tarifaires

<sup>12</sup> Aucun engagement précis n'a été pris dans le secteur énergétique.

<sup>13</sup> Annexe 1813(3) (italique ajouté).

<p><b>Chapitre 14 – Transports :</b> harmonise la réglementation applicable aux véhicules commerciaux, notamment les normes de sécurité et les règlements associés aux poids et aux dimensions</p>	
--	--

**Tableau 1. Survol des chapitres sectoriels et de leur portée<sup>14</sup>**

---

<sup>14</sup> Janet Lo, *The Consumer Perspective of Trade & Commerce Powers* (Ottawa: Centre pour la défense de l'intérêt public, 2009), <http://www.piac.ca/wp-content/uploads/2014/11/interprovincialtrade.pdf>

L'annexe 1813 explique comment les deux types d'engagement interagissent. Les chapitres horizontaux s'appliquent aux chapitres verticaux « s'il y a lieu ». La règle 4 affine cette disposition en précisant que « [s]auf disposition contraire, en cas d'incompatibilité entre un chapitre vertical et un chapitre horizontal, le chapitre vertical l'emporte, dans la mesure de l'incompatibilité<sup>15</sup>. »

### 1.3. OBJECTIF ET PRINCIPES DE L'ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR

Les principes et objectifs de l'ACI précisent le rôle du mécanisme de résolution de différends dans l'Accord. Alors que les provinces ont convenu de collaborer en vue de réaliser un ensemble d'objectifs convenus, les obligations de fond de l'Accord ne sont pas exécutoires; c'est-à-dire qu'une province ne peut être obligée par les mécanismes au sein du système national juridique du Canada à modifier une politique ou une pratique lorsqu'un groupe spécial de résolution de conflits a conclu que la politique ou la pratique en question enfreignait ses obligations en vertu de l'Accord.

Essentiellement, les objectifs et les principes directeurs de l'Accord — l'objet même de l'Accord — visent à promouvoir « un marché intérieur ouvert, performant et stable, propice à la création d'emplois, à la croissance économique et à la stabilité économique à long terme » en prenant l'engagement « de réduire et d'éliminer, dans la mesure du possible, les obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada<sup>16</sup> ». L'Accord vise également à « promouvoir l'égalité des chances, sur le plan économique, pour tous les Canadiens » et à améliorer la concurrence, promouvoir le développement durable de l'environnement et une meilleure consultation sur les questions de commerce intérieur<sup>17</sup>.

Les principales composantes (les règles générales) qui illustrent ces principes directeurs comprennent :

- un engagement à respecter des principes généraux de *non-discrimination réciproque* – les provinces ne doivent accorder aux biens, services, personnes et investissements d'autres provinces un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent aux biens, services, personnes, et investissements dans leur propre territoire de compétence;
- un engagement à reconnaître le *droit de sortie et d'entrée* — les provinces ne peuvent adopter des mesures qui restreignent ou préviennent le mouvement des personnes, des biens, des services ou des investissements par-delà les frontières provinciales;
- une entente voulant que les *mesures réglementaires provinciales ne soient pas exécutées de manière à créer des obstacles* au commerce interprovincial;
- un engagement à poursuivre les négociations et à **concilier les normes** afin d'harmoniser les différences et de réduire les barrières indirectes au mouvement des personnes, des biens, des services et des investissements.

Certaines exceptions modèrent les principes de libéralisation du commerce. L'accord prévoit que

---

<sup>15</sup> Annexe 1813.

<sup>16</sup> Article 100 : Objectif, p 3.

<sup>17</sup> Article 100 : Objectif, p 3.

*les gouvernements puissent maintenir les mesures conçues pour atteindre des objectifs provinciaux légitimes* — c'est-à-dire des mesures réglementaires non conformes aux principes, mais permises lorsque la mesure a pour objet d'atteindre des objectifs qui ne sont pas indûment restrictifs :

« Les objectifs légitimes comprennent la quête de sécurité et sûreté publique, l'ordre public, la protection de la vie ou la santé humaine, animale ou végétale, la protection de l'environnement, la protection du consommateur, la protection de la santé et du bien-être et les programmes d'action positive<sup>18</sup>. »

Comme l'a précisé le rapport *Québec – Margarine colorée* :

Les rédacteurs de l'ACI avaient prévu que chaque Partie conserve une mesure considérable de discrétion afin de réaliser des objectifs légitimes qu'elle seule tente de définir et que chaque Partie pouvait choisir d'établir des normes différemment des autres conformément à sa conception des politiques publiques et à ses besoins. La diversité de l'approche de définition des normes est une caractéristique acceptée de la réglementation en matière de commerce international et intérieur en vertu de l'ACI<sup>19</sup>. »

Enfin, les Parties se sont engagées à continuer, aux termes de l'Accord, les négociations rattachées aux composantes non convenues initialement<sup>20</sup>, et ont prévu des mesures de système non judiciaire pour le règlement de différends.

La *Constitution* informe les principes d'interprétation de l'Accord. En plus des objectifs, des principes de fonctionnement et des règles générales définissant ce qui constitue un obstacle au commerce intérieur, le contexte constitutionnel fédéral forme l'un des principaux éléments de l'Accord. Le préambule de l'ACI reconnaît « la diversité des caractéristiques sociales, culturelles et économiques des provinces, » qui appuie ce principe directeur. Comme le constate Lenihan :

Cet engagement à établir un équilibre entre la diversité et les intérêts communs ou à reconnaître certains éléments à titre d'objectifs légitimes plutôt qu'obstacles non nécessaires exige que l'on pose la question suivante : en cas de conflit, quel est le juste équilibre? Par exemple, quel est le juste équilibre entre, d'une part, les mesures qui peuvent restreindre la liberté économique en limitant la mobilité de la main-d'œuvre et, d'autre part, le droit des citoyens d'une province particulière, à promouvoir les intérêts économiques locaux en accordant la préférence aux travailleurs ou fournisseurs locaux dans les marchés publics<sup>21</sup>?

---

<sup>18</sup> David Cohen, « The Internal Trade Agreement: Furthering the Canadian Economic Disunion » (1995) 25 Can Bus LJ 257, p. 262.

<sup>19</sup> *Report of the Article 1704 Panel Concerning the Dispute Between Alberta and Québec Regarding Québec's Measure Governing the Sale in Québec of Coloured Margarine* (23 juin 2005), *Agreement on Internal Trade*, Internet : Secrétariat de l'ACI <[http://www.ait-aci.ca/en/dispute/2\\_eng.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/2_eng.pdf)> [*Québec – Margarine colorée*, 2005].

<sup>20</sup> Seul le Chapitre douze (Énergie) reste à conclure.

<sup>21</sup> Donald G Lenihan et David Hume, « Governance in the Agreement on Internal Trade », *Changing Government*, Volume 12 (Ottawa: KTA Centre for Collaborative Government and Certified General Accountants Canada, 2004), [http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca\\_rep\\_2004-07\\_AIT.pdf](http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca_rep_2004-07_AIT.pdf) à p. 5.

Le chapitre trois réaffirme explicitement l'autorité législative du Parlement fédéral et des législatures provinciales ainsi que leurs droits et pouvoirs conférés en vertu de la *Constitution*. Comme le décrivent Doern et MacDonald, « bref, l'Accord, bien qu'il ne s'agisse pas d'un exercice d'amendement constitutionnel, équivaut en quelque sorte à une entente en marge de la Constitution<sup>22</sup>. »

Le pouvoir constitutionnel des gouvernements provinciaux et fédéral à légiférer et à réglementer en vue de satisfaire les intérêts légitimes publics est équilibré en fonction du principe sous-jacent de la libéralisation du commerce en vertu de l'Accord. Le mécanisme de règlement de différends concilie l'équilibre entre les intérêts polarisants du pouvoir constitutionnel et la libéralisation des échanges.

Les interprétations différentes de l'équilibre qu'établit l'Accord sont éminemment claires. L'Association des comptables généraux accrédités du Canada encadre les principes de l'Accord dans l'optique des intérêts commerciaux dans la libéralisation des barrières commerciales :

« L'Accord repose sur le principe que, en règle générale, les entreprises et les particuliers qui doivent composer avec les barrières nationales aux échanges et au commerce devraient en assurer l'orientation. En fait, toutes les mesures potentiellement incompatibles avec l'Accord ne constituent pas nécessairement des barrières. Seulement celles qui constituent un problème pour une entreprise ou un particulier doivent être traitées<sup>23</sup>. »

D'autres ont interprété que l'équilibre établi par l'Accord permet de maintenir d'importantes mesures de protection des droits des provinces :

L'objectif ultime consiste-t-il à retirer le plus d'obstacles possible? Ou, autrement dit, lorsque les antécédents de gouvernance sont incompatibles avec l'ACI, faut-il s'en débarrasser complètement? ... La réponse est non. Le fait même que le Canada est un État fédéral plutôt qu'unitaire en dit long sur notre engagement collectif en faveur du respect d'autres valeurs qui peuvent aller et vont souvent à l'encontre de nos intérêts économiques partagés. Le fédéralisme établit un équilibre, d'une part, entre une variété de différences sociales, culturelles et économiques entre les Canadiens et, d'autre part, leurs intérêts partagés ou communs. ... Lorsque notre intérêt en faveur de la diversité va à l'encontre de nos intérêts partagés, le fédéralisme doit parvenir à un équilibre. L'ACI reconnaît le besoin d'établir un équilibre en faisant la distinction entre deux concepts fondamentaux : un "objectif légitime" et un "obstacle inutile"<sup>24</sup>. »

---

<sup>22</sup> Bruce Doern et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? » dans Gene R. Swimmer, rédacteur, *How Ottawa spends, 1997-98: Seeing red, a Liberal report card* (Ottawa: Carleton University Press, 1997) 135, p. 140.

<sup>23</sup> Robert Knox, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To* (Vancouver: Association des comptables généraux accrédités du Canada, 2001), [http://www.cga-canada.org/en-ca/ResearchReports/ca\\_rep\\_2001-05\\_ait.pdf](http://www.cga-canada.org/en-ca/ResearchReports/ca_rep_2001-05_ait.pdf) à p 15.

<sup>24</sup> Donald G Lenihan et David Hume, « Governance in the Agreement on Internal Trade ».

Beaulieu *et al.*, mettent l'accent sur l'utilisation de la formulation « dans la mesure du possible » dans l'engagement des Parties à éliminer les barrières commerciales, en faisant valoir que l'équilibre des intérêts établi par l'Accord « crée une incertitude concernant l'engagement des gouvernements » à l'égard de l'ouverture d'un marché intérieur et sème la confusion quant aux éléments effectivement couverts par l'ACI<sup>25</sup>.

Les deux forces contrastantes de la libéralisation du commerce et l'autorité législative provinciale aux termes de l'Accord soulèvent la question critique de la meilleure façon de concilier les intérêts prévus par l'Accord. Comme le note Lenihan :

« À notre avis, il n'est pas suffisant d'en appeler au changement de la règle du consensus ou d'insister sur un mécanisme de règlement de différends musclé dans l'espoir d'une application accélérée des principes et des règles. Nous devons avoir confiance que la gouvernance se traduira par une mise en œuvre légitime des — c'est-à-dire un meilleur équilibre entre les valeurs du fédéralisme et les principes et les règles de l'Accord<sup>26</sup> ».

Le mécanisme de résolution de différends d'un accord commercial peut favoriser ou défavoriser les intérêts de certains intervenants. Une partie du rôle d'un règlement efficace de différends consiste à favoriser la confiance aux parties et aux électeurs sous réserve d'un accord que le processus donnera lieu à la mise en œuvre légitime des règlements mutuellement convenus. Comment pouvons-nous obtenir une procédure décisionnelle qui mène à un « meilleur équilibre entre les valeurs du fédéralisme et les principes et les règles de l'Accord<sup>27</sup>? » Par exemple, « en interprétant si les moyens d'atteindre un objectif limitent inutilement le libre-échange, les groupes spéciaux de règlement de différends seront appelés à rendre des jugements sur des subtilités<sup>28</sup>. Le cadre structurel et procédural qui fournit le contexte d'interprétation de l'Accord influencera l'interprétation, la mise en contexte et le poids accordé aux principes, aux objectifs et aux intérêts contrastés, et les intérêts représentés dans l'Accord.

## 1.4. INTERVENANTS

### 1.4.1. Le gouvernement fédéral

Le registre historique et le partage constitutionnel des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux-territoriaux font ressortir l'intérêt principal du gouvernement fédéral à l'égard de l'ACI en tant qu'outil d'intégration économique accrue entre les provinces.

---

<sup>25</sup> Eugene Beaulieu, Jim Gaisford et Jim Higginson, *Interprovincial Trade Barriers in Canada: How Far Have We Come? Where Should We Go?* (Calgary: The Van Horne Institute for International Transportation and Regulatory Affairs, 2003), p. 36.

<sup>26</sup> Donald G Lenihan et David Hume, « Governance in the Agreement on Internal Trade », p. 6.

<sup>27</sup> Donald G Lenihan et David Hume, « Governance in the Agreement on Internal Trade », p. 6.

<sup>28</sup> Bryan Schwartz, « Assessing the Agreement on Internal Trade: The Case for a 'More Perfect Union' », p. 203.

Certains ont avancé que le gouvernement fédéral aurait pu raisonnablement renforcer ses pouvoirs en matière de commerce intérieur par le biais de l'Accord au détriment des provinces<sup>29</sup>. Cependant, les intérêts et le rôle du gouvernement fédéral dans toute entente sur le commerce intérieur doivent être pris en compte en fonction du contexte constitutionnel.

La *Loi constitutionnelle de 1867* établit les pouvoirs économiques des gouvernements fédéral et provinciaux afin de réglementer les échanges avec des restrictions sur la conduite. La *Loi constitutionnelle de 1867* est conçue, de toute évidence, pour créer une union économique en conférant au gouvernement fédéral le pouvoir d'exercer un leadership pour arriver à ces fins. Dans l'ensemble, la *Constitution* garantit la libre circulation des biens et des personnes par-delà les frontières provinciales. La négociation de l'Accord sur le commerce intérieur était et demeure influencée par la réalité contextuelle du débat et de l'incertitude continue entourant l'utilisation par le gouvernement fédéral de ses pouvoirs constitutionnels en vertu de l'article 91. En particulier, le « pouvoir sur les échanges commerciaux » est le plus pertinent dans le contexte du commerce intérieur, en plus des pouvoirs du gouvernement fédéral rattachés à « la paix, l'ordre et la bonne gouvernance » et les droits à la mobilité conférés en vertu de la *Charte*. En revanche, l'article 92 accorde des pouvoirs économiques aux provinces qui sont limités aux questions au sein de la province. En outre, un certain nombre de dispositions limitent la capacité des provinces à adopter des mesures qui empiètent sur le commerce et les échanges interprovinciaux. Par exemple, il est également interdit aux provinces de légiférer en ce qui concerne les impôts indirects (tel que les douanes et taxes d'accise) dont les effets seraient transférés sous une forme identifiable aux parties à l'extérieur de la province<sup>30</sup>. Essentiellement, la *Constitution* interdit les barrières explicites au commerce interprovincial.

Bien que les barrières explicites au commerce interprovincial soient interdites, il y a une place considérable à l'ambiguïté concernant les barrières et mesures non tarifaires qui entravent l'intégration économique accrue. Par conséquent, comme l'explique Doern :

Avant et durant les négociations sur le commerce intérieur, le débat sur le pouvoir en matière de commerce a inévitablement été soulevé, en particulier lorsque les stratégies concernant le règlement de différends (mais également ayant trait à l'Accord dans son ensemble) étaient à l'étude. Le pouvoir en matière de commerce, ... a accordé au gouvernement fédéral la compétence sur le commerce interprovincial des marchandises, mais la portée de cette compétence sur d'autres questions, notamment les services et les capitaux, et la mesure dans laquelle le pouvoir pourrait effectivement être exercé a toujours été limitée par des incertitudes juridiques... de même que par des réalités politiques<sup>31</sup>.

La Cour suprême du Canada a élargi les pouvoirs fédéraux d'échanges et de commerce au milieu des années 1980 au cours des négociations qui ont finalement constitué le fondement de l'ACI.

---

<sup>29</sup> Bruce Doern et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? »

<sup>30</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict, c 3, réimprimé en LRC 1985, App II, N° 5, <http://canlii.ca/t/q3x7>, art. 92(2).

<sup>31</sup> Bruce Doern et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? », p. 1 49.

La Cour a soutenu une interprétation étroite de l'autorité du Parlement à réglementer le commerce. La capacité du Parlement à réglementer le commerce local est limitée à des mesures accessoires nécessaires à la réglementation efficace du commerce international et interprovincial. Dans l'affaire *General Motors of Canada Limited c. City National Leasing*<sup>32</sup>, la Cour a élargi le pouvoir de réglementation générale du Parlement, ce qui laisse entrevoir en quelque sorte un précédent de l'utilisation du pouvoir commercial afin d'adopter des lois visant l'intégration économique accrue à l'échelle nationale.

La compétence des lois provinciales doit respecter les limites territoriales des pouvoirs des assemblées législatives et les inquiétudes par rapport aux procédures en bonne et due forme. Dans l'affaire *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*<sup>33</sup> et dans *Hunt c. T&N plc*<sup>34</sup>, « la Cour suprême du Canada a qualifié la compétence provinciale à légiférer sur les questions susceptibles d'avoir une incidence sur d'autres provinces en exigeant des provinces qu'elles respectent des normes minimales de l'ordre et de l'équité<sup>35</sup>. » La règle de la primauté s'applique en cas de conflit entre les lois provinciales et fédérales sur un même enjeu. En fait, la loi provinciale sera inexécutable dans la mesure où l'impossibilité d'application simultanée des lois ou si la loi ou ses dispositions entravent l'objet de l'adoption du projet de loi fédéral<sup>36</sup>.

Comme l'a observé Howse en 1996, il est peu probable qu'un régime réglementaire national « ait préséance sur la loi provinciale, car un tel régime fonctionnerait normalement en concomitance avec elle<sup>37</sup>. » Ainsi, en conséquence du contexte constitutionnel et des réalités politiques, l'analyse de Howse est pertinente à la compréhension de l'intérêt d'un mécanisme de résolution de différends fonctionnel pour le gouvernement fédéral au sein de l'ACI.

Le fédéralisme collaboratif illustre le fondement d'une solution de résolution de différends en vertu de l'ACI. L'analyse de Howse demeure pertinente comme l'a étayé le grand débit d'interprétation dominante de la répartition des pouvoirs favorisant le principe du fédéralisme coopératif<sup>38</sup>. Le gouvernement fédéral a une portée limitée d'exercer son pouvoir constitutionnel. La portée limitée du gouvernement fédéral à exercer son pouvoir constitutionnel est, comme l'ont fait remarquer Doern et MacDonald, intrinsèque au mécanisme de résolution de différends adopté en vertu de l'ACI; notamment, la résolution de différends ne doit pas impliquer les tribunaux, mais doit demeurer une entente politique<sup>39</sup>.

En tant qu'intervenant disposant d'un pouvoir juridique d'une portée incertain afin de réaliser l'intégration économique des provinces par d'autres moyens, le pouvoir constitutionnel conféré au

---

<sup>32</sup> [1989] 1 RCS 641, 1989 CanLII 133 (CSC), <http://canlii.ca/t/1ft83>.

<sup>33</sup> [1990] 3 RCS 1077, <http://canlii.ca/t/1fsp8>.

<sup>34</sup> [1993] 4 RCS 289, <http://canlii.ca/t/1frxg>.

<sup>35</sup> CDIP/Janet Lo, *The Consumer Perspective of Trade & Commerce Powers*.

<sup>36</sup> *British Columbia (Attorney General) v Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, <http://canlii.ca/t/1rmqz>; *Bank of Montreal v Hall*, [1990] 1 RCS 121, 1990 CanLII 157 (CSC), <http://canlii.ca/t/1ft0d>.

<sup>37</sup> Robert Howse, « Securing the Canadian Economic Union: Legal and Constitutional Options for the Federal Government », *C.D. Howe Institute Commentary*, N° 81, juin 1996,

<sup>38</sup> Par exemple, tout récemment sur le pouvoir en matière de commerce dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 <http://canlii.ca/t/1fpdw9>.

<sup>39</sup> Bruce Doern et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? »

gouvernement fédéral en vertu de la *Constitution* sert de cadre au sein duquel un mécanisme de résolution de différends devrait veiller à l'atteinte des objectifs de l'Accord.

#### 1.4.2. Les Provinces

À titre des parties à l'ACI, les Provinces sont un intervenant crucial et doivent équilibrer les intérêts concurrentiels de la diminution des obstacles au commerce tout en maintenant un degré d'autonomie législative et politique. La *Constitution* prévoit le pouvoir provincial souverain de légiférer en matière de contrats, de l'immobilier et du commerce au sein de la province. Les provinces sont dotées d'une éventuelle autorité réglementaire d'une portée considérable qui a mené à « une fragmentation des marchés qui seraient autrement organisés sans égard aux frontières provinciales<sup>40</sup>. »

L'ACI a créé des tensions entre l'autonomie provinciale, d'une part, et l'élimination des barrières commerciales, d'autre part. Les Provinces sont confrontées à des intérêts concurrentiels dans la quête d'amélioration de la rentabilité économique des entreprises locales grâce à la réduction des barrières commerciales et des inquiétudes quant au maintien de l'intégrité de l'autorité législative à employer des outils d'élaboration de politiques économiques afin de réaliser des objectifs de développement économique régional et d'épanouissement social. Il en a résulté des critiques des deux parties : que certaines Provinces ont été réticentes à s'engager à éliminer pleinement les barrières au commerce interprovincial, alors que d'autres considèrent l'Accord comme un renforcement du pouvoir du gouvernement fédéral aux dépens des provinces en sanctionnant l'utilisation des pouvoirs de gouvernance provinciale<sup>41</sup>. »

Durant les négociations initiales, la Colombie-Britannique et les provinces de l'Atlantique s'inquiétaient du fait de l'ACI empiéterait sur la liberté d'utiliser certains instruments juridiques, tout en bénéficiant de la possibilité d'accès à de nouveaux marchés. Le Québec était également prudent, soucieux de conserver une grande variété d'instruments politiques<sup>42</sup>. Le rapport de 2002 du Secrétariat du commerce intérieur a conclu que :

On constate une polarisation considérable, de même que des priorités divergentes entre les groupes syndicaux et d'intérêt public en particulier ayant trait à ce qui suit : l'utilisation continue des programmes de développement économique régional, les inquiétudes quant à l'emmêlement par rapport à d'autres accords internationaux commerciaux, le processus de résolution de différends et la menace à l'autonomie locale en conséquence de la quête de normalisation nationale<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> David Cohen, « The Internal Trade Agreement: Furthering the Canadian Economic Disunion », p. 260.

<sup>41</sup> Bruce Doern et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? », p. 136.

<sup>42</sup> Bruce Doern et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? », p. 151.

<sup>43</sup> Secrétariat du commerce intérieur, *Report on the Public Consultations Project*, (Winnipeg: Secrétariat du commerce intérieur, printemps 2002), [http://www.international.alberta.ca/documents/About\\_Us/ITS-Rpt\\_on\\_public\\_consultations02.pdf](http://www.international.alberta.ca/documents/About_Us/ITS-Rpt_on_public_consultations02.pdf) à p 7.

Les intérêts des Provinces à titre d'intervenants de cet Accord sont influencés par les intérêts polarisateurs existant principalement à l'échelle locale et régionale. De ce point de vue, l'incongruence apparente de l'Accord tel qu'initialement négocié est compréhensible. L'Accord est axé sur la prévention de nouveaux obstacles au commerce, tout en prévoyant dans un même temps des incitatifs faibles en vue de l'élimination des barrières existantes du commerce<sup>44</sup> et un mécanisme de résolution de différends qui n'est pas doté d'un mécanisme officiel exécutoire d'application de la loi.

Au moment d'analyser le rôle d'un mécanisme de résolution de différends au sein de l'ACI et les solutions de rechange éventuelles, il est essentiel de tenir compte des intérêts provinciaux divergents de l'élimination des barrières commerciales, tout en maintenant un degré d'autonomie législative et politique dans la quête de solutions efficaces satisfaisant ces intérêts différents.

#### **1.4.1. Le secteur privé**

Bien que le secteur privé puisse en appeler à l'élimination des barrières commerciales, il peut être simpliste d'ignorer à la fois la dichotomie entre l'action (ou l'inaction) du gouvernement et du secteur industriel, ainsi que les intérêts divers des intervenants individuels du secteur privé. La perception courante veut que le secteur privé a été le champion de l'approfondissement et du renforcement de l'applicabilité des engagements pris par les Provinces en vertu de l'Accord. Des organismes tels que l'Association des manufacturiers canadiens et l'Association des comptables généraux accrédités du Canada ont critiqué haut et fort le choix du mécanisme d'application de l'ACI dès le début. De nombreuses entreprises axées sur les exportations ont un intérêt pour l'élimination des barrières commerciales. Cependant, Lenihan soutient que ce point de vue singulier est au mieux trompeur :

Souvent [le secteur privé] est le défenseur du statu quo, s'opposant aux barrières et est l'instigateur des pratiques restrictives. De nombreux secteurs réussis, tels que l'industrie laitière, sont conçus en fonction de telles pratiques. La réticence des gouvernements à éliminer les barrières commerciales découle de la peur des mesures de rétorsion des organisations touchées dans le secteur souvent à un point tel que les gouvernements n'ont plus d'incitation à intervenir<sup>45</sup>.

Comme le fait valoir ensuite Lenihan, le soutien ou la résistance à la libéralisation des échanges constitue souvent un facteur influent sinon déterminant de la volonté du gouvernement provincial à mettre pleinement en œuvre les principes et des règles prévues par l'ACI. L'influence et le rôle du secteur privé sont essentiels à l'évaluation de l'efficacité d'un mécanisme de résolution des différends. À la lumière des principes de libéralisation des échanges et l'équilibre des intérêts législatifs de la province, un mécanisme efficace de résolution des différends doit pouvoir parvenir à un équilibre entre les intérêts du secteur privé cherchant à dissuader le gouvernement provincial de remplir ses engagements et les intérêts privés qui cherchent à faire résilier des réglementations provinciales légitimes.

---

<sup>44</sup> David Cohen, « The Internal Trade Agreement: Furthering the Canadian Economic Disunion ».

<sup>45</sup> Donald G Lenihan et David Hume, « Governance in the Agreement on Internal Trade », p. 3.

### 1.4.2. Les consommateurs

Les consommateurs se voient souvent imputer les coûts associés à la réduction des barrières au commerce interprovincial. Le Conseil économique du Canada (?) a classé, dans un rapport publié en 1981 les coûts économiques potentiels de la réglementation, les différents coûts associés à la réglementation provinciale<sup>46</sup>. Lorsque les barrières au commerce interprovincial accroissent les coûts de la conduite des affaires ou défavorisent l'expansion des entreprises et la concurrence avec d'autres provinces<sup>47</sup>, l'incidence négative de telles inefficacités du marché est souvent transférée aux consommateurs.

Comme l'a soutenu le CDIP dans son rapport de 2009, intitulé *La Perspective du consommateur des pouvoirs sur le commerce et les échanges* :

L'élimination des obstacles au commerce interprovincial ... accroît le caractère concurrentiel et le rendement économique des entreprises. Un rendement économique élevé se traduit par des avantages pour le consommateur, notamment de meilleurs produits, des prix plus faibles, un plus grand choix et de meilleurs services. De même, les économistes laissent entendre que plus il y aura de concurrence dans l'économie, les entreprises les plus concurrentielles survivront et transféreront les retombées de la concurrence à leurs consommateurs<sup>48</sup>.

Malgré le fait que les origines de l'ACI étaient en partie issues de la préoccupation voulant que les obstacles commerciaux mènent à l'accroissement des coûts à la consommation, la société civile et les groupes de défense des consommateurs ont largement été très peu informés durant les négociations de l'ACI. Comme le remarquent Doern et MacDonald, à la différence d'autres accords commerciaux ou négociations fédérales-provinciales de l'époque, la négociation de l'ACI de 1994 avait « décidément fait abstraction des participants des groupes publics et d'intérêt ... En effet, en ce qui concerne les relations fédérales-provinciales, le processus était un retour en arrière à une pratique dénommée "le fédéralisme exécutif"<sup>49</sup> »

Les gouvernements fédéral et provinciaux ont uniformément été critiques pour la négociation de l'Accord et de ses protocoles supplémentaires sans consulter le public ni les groupes d'intérêts spéciaux et autres intervenants<sup>50</sup>. Étant donné ses antécédents de négociation, il n'est pas surprenant que le mécanisme de résolution de différends de l'ACI ne prévoit aucune procédure par laquelle des intervenants tiers peuvent exprimer leurs intérêts relativement à un différend donné.

Afin d'être efficace, un mécanisme de résolution de différends doit traiter des intérêts du consommateur, des entreprises et des provinces. Pour évaluer le rôle d'un mécanisme de

---

<sup>46</sup> Economic Council of Canada, *Reforming Regulation, 1981* (Ottawa: Canadian Government Publishing Centre, 1981).

<sup>47</sup> Canadian Chamber of Commerce, « Obstacles to Free Trade in Canada: A Study on Internal Trade Barriers » (novembre 2004), <http://www.chamber.ca/advocacy/issues/internal-trade/> à p. 3.

<sup>48</sup> CDIP/Janet Lo, *The Consumer Perspective of Trade & Commerce Powers*, p. 33.

<sup>49</sup> Bruce Doern et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? », p. 153.

<sup>50</sup> CDIP/Janet Lo, *The Consumer Perspective of Trade & Commerce Powers*, p. 5. Par exemple, tout récemment, le quatorzième protocole de modification de l'ACI qui a modifié considérablement le mécanisme de règlement de différends, a été négocié en 2012 et a seulement été rendu public en février 2015.

résolution de différends efficaces au sein de l'ACI qui réagirait devant les différents intérêts des intervenants que le mécanisme vise à traiter, il est nécessaire de reconnaître le rôle exercé par un tel mécanisme dans la mise en application de l'équilibre des intérêts représentés dans l'Accord. Afin de souligner le point qu'a fait valoir le CDIP auparavant, alors que l'objectif d'éliminer les barrières au commerce interprovincial s'aligne sur les droits fondamentaux des consommateurs, un mécanisme de résolution de différends doit tenir compte de l'obligation du gouvernement de maintenir des lois et règlements qui maximisent le bien-être social et protègent les consommateurs. Comme l'a observé le CDIP dans son rapport :

L'intérêt du consommateur n'est pas toujours en harmonie avec les paramètres du commerce interprovincial, puisque l'intérêt du consommateur ne correspond pas toujours au prix le plus bas, par exemple. Les coûts et les avantages du commerce ne peuvent être quantifiés par le simple calcul de l'affectation des coûts. Les consommateurs ont un intérêt légitime de préserver la réglementation et les normes de protection du consommateur<sup>51</sup>.

Un mécanisme de résolution de différends doit efficacement analyser les intérêts multidimensionnels des consommateurs, trouver un équilibre entre leurs intérêts et les avantages de barrières faibles au commerce, et les lois et la réglementation provinciales de protection du consommateur contenues dans l'ACI.

---

<sup>51</sup> CDIP/Janet Lo, *The Consumer Perspective of Trade & Commerce Powers*, p. 34.

## **2. LE MÉCANISME DE RÉOLUTION DE DIFFÉRENDS DE L'ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR**

La structure du mécanisme de différends dans l'ACI prévoit un système à plusieurs étapes d'escalade en vue de la résolution de différends. Tel que mentionné, la conclusion de l'ALENA et la formation de l'OMC au début des années 1990 ont considérablement influencé l'élaboration et la rédaction de l'ACI et de son mécanisme de résolution de différends<sup>52</sup>. La formulation du chapitre de l'ACI est directement rattachée aux approches empruntées en vue de résoudre les différends en vertu de l'ALENA, de l'OMC et d'autres accords commerciaux régionaux. Le système met l'accent sur la consultation et la médiation entre les gouvernements, ce qui mène à l'arbitrage ou échoue ces voies diplomatiques. Les particuliers se voient également accorder le droit circonscrit d'intervention contre les parties lorsque les gouvernements refusent de faire avancer le différend dans le système. Les groupes spéciaux sont habilités à présenter leur décision non exécutoire relativement à l'affaire en litige et encouragent la conformité des parties contrevenantes aux moyens d'une variété d'outils.

La présente section donne un aperçu exhaustif de la manière dont fonctionne le chapitre lié à la résolution de différends au sein de l'ACI. La section 2.1 passe brièvement en revue les faits saillants qui se sont produits relativement au Chapitre dix-sept. La section 2.2 encadre les dispositions particulières du Chapitre dix-sept en examinant les objectifs élargis que le mécanisme de résolution de différends vise à atteindre dans le cadre de l'ACI. La section 2.3 examine dans le détail le mécanisme de règlement de différends de l'ACI ainsi que la portée de l'application du Chapitre dix-sept et les deux possibilités procédurales par lesquelles une plainte peut être adjugée. La section 2.5 conclut par l'exploration de certaines tendances qui se dégagent d'après les 56 affaires intentées en vertu du Chapitre dix-sept, alors que la section 2.6.2 examine les ramifications de l'application non contraignante de l'Accord et les mécanismes de conformité pour la résolution de différends.

### **2.1. HISTORIQUE ET MODIFICATIONS DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS**

Au cours des vingt années depuis l'entrée en vigueur de l'Accord, quatorze protocoles de modification ont été adoptés. Le septième, dixième et quatorzième protocoles ont considérablement modifié le mécanisme de résolution de différends de l'Accord dans la mesure où les versions précédentes respectives du chapitre ont été abrogées et remplacées intégralement. Certains changements ont été significatifs et ont contribué à une évolution globale des engagements contenus dans l'Accord et la manière dont sont réglés les litiges.

Le septième protocole de modification<sup>53</sup>, qui a été diffusé le 2 mai 2007, harmonise les procédures de résolution de différends afin qu'ils procèdent en vertu du Chapitre dix-sept, à quelques exceptions mineures près, minimisant ce qu'un système alambiqué d'un processus de résolution de différends particularisés, selon le chapitre sectoriel dont relevait l'affaire, ainsi que le processus de règlement de conflits en vertu du Chapitre dix-sept. Le Septième protocole de modification

---

<sup>52</sup> Voir la section 1.1 ci-dessus.

<sup>53</sup> *Septième protocole de modification* (2 mai 2007), <http://www.ait-aci.ca/en/ait/7.pdf>.

met en évidence des changements exhaustifs aux procédures de résolution de différends. Des modifications ont été apportées aux articles 1702 (*Consultations*) et 1703 (*Demande de constitution d'un groupe spécial*), 1704 (*Constitution d'un groupe spécial*), 1705 (*Règles de procédure de l'organe décisionnel*), 1706 (*Rapport du groupe spécial*), 1707 (*Mise en œuvre*), 1708 (*Publication*) et 1709 (*Absence de mise en œuvre*). À l'exception du Chapitre Cinq (*Acquisition*), tous les conflits sont renvoyés au Chapitre dix-sept en tant que mécanisme central de résolution de différends.

Le dixième et le quatorzième protocoles de modification montrent un changement dans l'accent mis par le processus de résolution de différends sur les intérêts d'intervenants particuliers. La création de commissions d'appel et de conformité s'inscrivait parmi les changements les plus importants introduits par le Dixième protocole qui a été diffusé le 7 octobre 2009<sup>54</sup>. L'article 1706.1 crée un droit d'appel pour les parties, conformément au mécanisme de résolution de différends. Les groupes spéciaux de l'observation servent à renforcer l'adhérence des parties aux décisions du groupe spécial. Les changements ont habilité les commissions d'examen sur la conformité à imposer des sanctions monétaires progressives dans le processus de résolution de différends de gouvernement-à-gouvernement (Partie A), en vertu de l'article 1707.

Le quatorzième protocole de modification a élargi les pouvoirs toujours limités des groupes spéciaux d'appel et d'observation. Le Quatorzième protocole, diffusé le 18 février 2015, a élargi les droits et mesures de sauvegarde pour les personnes recherchant à résoudre un différend par le biais du processus personne-à-gouvernement (Partie B). Bien que ces droits étaient limités à des versions antérieures du Chapitre dix-sept, il a ajouté la structure nécessaire à l'étape de consultations du mécanisme de plaintes. En particulier, les processus de commissions d'examen en appel et de la conformité ont été ouverts aux personnes, notamment la possibilité qu'une commission d'examen de la conformité impose des sanctions monétaires contre une Partie contrevenante, en vertu de la Partie B. Les commissions ont également été habilitées par les modifications à autoriser les personnes à s'associer aux procédures en tant qu'intervenants ou à titre de personne plaignante<sup>55</sup> et à imposer « des dépens pour coûts supplémentaires » contre les Parties en contravention de leurs obligations<sup>56</sup>.

Dans l'ensemble, les changements indiquent un désir de créer un mécanisme de résolution de différends plus uniforme et accessible. La poussée cumulative des amendements a été en faveur de la rationalisation du processus qui renforce le poids des interprétations de la commission de l'Accord en favorisant la capacité des Parties et des personnes à déclencher des mécanismes conçus pour inciter la mise en conformité. Alors que ces mécanismes ne minent pas l'accent mis par l'Accord sur la résolution de différends par voie de médiation et de conciliation, ils semblent renforcer les mécanismes disponibles en vue de favoriser la conformité en cas de rupture des négociations, et si la commission conclut qu'une Partie est contrevenante. Cela devrait encourager les parties et les personnes à négocier des règlements qui s'alignent sur les principes et les objectifs de l'ACI, en toute connaissance du fait que les conclusions favorables des commissions ont une capacité limitée à susciter la conformité.

---

<sup>54</sup> *Dixième protocole de modification* (7 octobre 2009), [http://www.ait-aci.ca/en/ait/10\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/ait/10_en.pdf).

<sup>55</sup> *Quatorzième protocole de modification* (18 février 2015), [http://www.ait-aci.ca/en/ait/14\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/ait/14_en.pdf) à l'annexe 1705(1) et 1718(1), règle 3.5.4.

<sup>56</sup> Article 1725.

## 2.2. OBJECTIFS

Puisque les engagements de l'Accord sont nécessairement rédigés en termes généraux, le mécanisme de résolution de différends est crucial au raffinement de la mesure des obligations dans des contextes particuliers ainsi que de veiller à la portée efficace en obligeant les parties à respecter les engagements négociés. L'ACI vise à abaisser les barrières au commerce, aux investissements et à la mobilité, et à empêcher l'émergence de nouvelles barrières. Comme nous l'avons constaté en détail à la section 1.2 ci-dessus, les règles des chapitres sectoriels prévoient des engagements particuliers en vue d'atteindre ces objectifs.

Le mécanisme de résolution de différends peut réduire les barrières au commerce intérieur, mais il ne s'agit pas du principal mode privilégié par l'ACI. Bien que le mécanisme de résolution de différends vise à faciliter la réalisation des objectifs, la construction du Chapitre dix-sept promeut des priorités sous-jacentes et les principes expliquant comment les réaliser. Lorsqu'un mécanisme peut orienter la libéralisation en donnant un incitatif aux Parties ou aux Personnes lésées par les barrières commerciales à intenter des poursuites sur de grands principes, l'Accord établit une grande gamme de comités et de groupes de travail afin de cerner les obstacles aux échanges qui devraient être éliminés et de négocier l'harmonisation de normes et d'exigences réglementaires divergentes<sup>57</sup>.

L'ACGAC a relevé trois principes généraux contenus dans les dispositions de résolution de différends – l'accent mis sur la résolution consensuelle de différends, la priorisation des conflits entre gouvernements par rapport aux différends mettant en cause le gouvernement et une personne ainsi que la nature non contraignante/exécutoire des décisions des groupes spéciaux<sup>58</sup>.

Dans un premier temps, le mécanisme de résolution de différends de l'ACI accorde davantage d'importance à la négociation et à la conciliation des différends, plutôt qu'à l'arbitrage. Les Parties sont obligées de mener des consultations peu après le soulèvement d'une plainte et ne peuvent entamer une procédure arbitrale officielle fondée sur des règlements avant au moins 120 jours après la demande de consultation. Le recours à une commission d'examen aux fins d'arbitrage est structuré à titre de recours secondaire, voire le dernier recours, pour le règlement d'un différend. Certains ont même soutenu que, de par sa conception, l'ACI possède un mécanisme de résolution de différends axé sur l'évitement des litiges, plutôt que sur la résolution de différends<sup>59</sup>.

Dans un deuxième temps, le système de résolution de différends accorde la priorité à la résolution de différends par voie des procédures gouvernement-à-gouvernement. Un plaignant non Partie (une personne, une entreprise, un syndicat, etc.) peut intenter une action contre une Partie, mais comme il est détaillé ci-après à la section 2.4.2, seulement après avoir d'abord demandé à une Partie d'intenter les procédures judiciaires en leur nom et de les représenter.

---

<sup>57</sup> Articles 615, 1104 et 1602.

<sup>58</sup> Robert Knox, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To*, p. 6.

<sup>59</sup> Chambre de commerce du Canada, *The Agreement on Internal Trade: Taking Stock After Three Years* (1998), <http://global-economics.ca/internaltrade.3years.pdf>. (« L'objectif global des dispositions de règlement de différends de l'ACI consiste à encourager le règlement de différends d'une manière conciliatoire, coopérative et harmonieuse. La prévention des différends, par opposition aux poursuites, est le principal objectif sous-jacent de l'Accord. », p. 30).

Dans l'ACI, les Personnes plaignantes sont secondaires aux Parties à l'Accord. Le Chapitre dix-sept exige en outre que le litige soulevé par les Personnes plaignantes soit soumis à un examen préalable avant d'être autorisé à faire appel à un groupe spécial. Jusqu'à la ratification du quatorzième protocole de modification, le système de résolution de différends prévoyait des droits procéduraux et des mécanismes d'application des décisions divergents : les Parties avaient un droit d'appel et d'accès à un groupe spécial de l'observation des décisions habilité à imposer des sanctions pécuniaires, un droit inaccessible aux Personnes plaignantes. Ainsi, même si l'Accord confère des droits de fond et procéduraux d'accès au mécanisme de résolution de différends à des tierces parties, les exigences procédurales divergentes illustrent une forte préférence que les Parties à l'Accord orientent principalement la résolution de conflits.

Dans un troisième temps, les décisions d'un groupe spécial sont non exécutoires et n'ont pas force de loi. Alors que les protocoles de modification ont constamment augmenté les outils à la disposition d'un groupe spécial afin d'encourager l'observation des engagements, la conformité avec les engagements de libéralisation des échanges aux termes de l'ACI est en fin de compte volontaire.

Les principes du Chapitre neuf (Produits agricoles et produits alimentaires) sont raisonnablement présumés comme également applicables à la résolution de conflits en vertu de l'Accord. Le Chapitre neuf du texte original de l'ACI a intégré à l'annexe 903.1 « Protocole d'entente sur les mesures visant à supprimer ou à réduire les entraves interprovinciales au commerce des produits agricoles et alimentaires » qui a été signé par les ministres chargés de l'agriculture en décembre 1989<sup>60</sup>. Il a été convenu que tout mécanisme de règlement du différend « à utiliser devra être crédible, transparent, efficace, accessible, opportun et public ». Plutôt que de formuler de nouveaux objectifs de l'évaluation de la résolution de différends, nous avons utilisé ces objectifs sous-jacents dans notre analyse de la résolution de différends en vertu de l'ACI. Comme le laisse entrevoir l'analyse réalisée à la section 3 ci-dessous, cependant, trois principes sous-tendent la structure du mécanisme de résolution de différends de l'ACI — la primauté de la négociation et de la conciliation, la priorité de la résolution de conflits de gouvernement-à-gouvernement et l'observation volontaire non exécutoire — minent quelque peu l'objectif voulant que le mécanisme de résolution de différends incarne également les valeurs de la crédibilité, la transparence, l'efficacité, l'accessibilité, l'opportunité et la disponibilité publique.

### **2.3. LA STRUCTURE DU MÉCANISME DE RÉOLUTION DE DIFFÉRENDS**

Les sections 2.3.1 et 2.4 constituent un examen complet des mécanismes procéduraux et d'application sur le fond dans la toute dernière itération du Chapitre dix-sept, diffusé dans le quatorzième protocole de modification le 18 février 2015.

Au moment d'examiner la structure du mécanisme de règlement de différends de l'Accord, nous avons également passé en revue la compétence d'un groupe spécial et les droits procéduraux à la

---

<sup>60</sup> ACI (1995), Annexe 903.1 - Protocole d'entente sur les mesures visant à supprimer ou à réduire les entraves interprovinciales au commerce des produits agricoles et alimentaires, *Chapitre neuf - Produits agricoles et produits alimentaires*, dans mesures de l'Accord du commerce intérieur susceptibles d'influer sur le commerce intérieur des produits agricoles et des produits alimentaires, <https://www.ic.gc.ca/eic/site/ait-aci.nsf/fra/i100010.html#K> à II.3 (règlement de différends).

disposition des parties à un différend. La compétence d'un groupe spécial à entendre un différend est répartie en deux sous-catégories : la compétence *ratione materiae* — la compétence sur le fond d'un conflit (section 2.3.1) et la compétence *ratione personae* — la compétence sur les parties au différend (section 2.3.2). Les mécanismes et les droits procéduraux disponibles aux parties à un conflit peuvent avoir une incidence considérable sur le type d'actions intentées en vertu de l'ACI, sur les personnes ayant le droit d'intenter une action et sur l'évolution des différends dans le cadre du processus (section 2.4).

### **2.3.1. Compétence *ratione materiae***

La compétence *ratione materiae* (ou la compétence d'attribution) définit la compétence matérielle en cas de conflit.

L'article 1701 accorde à un groupe spécial la compétence en matière d'interprétation et d'application de l'Accord. Puisque chaque conflit doit être soulevé en vertu de l'un des chapitres sectoriels, chaque chapitre sectoriel délimite la portée d'application matérielle de l'ACI et le champ d'application matériel de la compétence d'un groupe spécial constitué en vertu du Chapitre neuf. Par exemple, l'article 902 prévoit que le Chapitre neuf « s'applique aux *mesures techniques* adoptées ou maintenues par une Partie relativement au commerce intérieur des produits agricoles et des produits alimentaires<sup>61</sup>. » Par conséquent, les mesures qui sont jugées comme ne correspondant pas à la définition d'une mesure technique au sens de l'article 902 sont exclues de la compétence matérielle du groupe spécial. Cependant, lorsque le chapitre le permet, un groupe spécial maintiendra la compétence d'interpréter la disposition définissant le champ d'application matériel du chapitre sectoriel pertinent.

Les dispositions des chapitres sectoriels et de l'annexe 1813 (Règles d'interprétation) limitent par ailleurs la compétence matérielle d'un groupe spécial de trois manières : premièrement, certains chapitres excluent l'application des règles particulières délimitées au Chapitre quatre (2.3.1.1); deuxièmement, certains chapitres excluent ou limitent explicitement l'application du règlement de différends prévu au Chapitre dix-sept (2.3.1.2); et troisièmement, certains chapitres et les Règles d'interprétation aux termes de l'annexe 1813 établissent une hiérarchie de l'interprétation et de l'application en cas d'incohérence entre les chapitres sectoriels (2.3.1.3). Le champ d'application de chaque Chapitre à la Partie IV de l'ACI est illustré à la figure 3 ci-après.

#### **2.3.1.1. Exclusion des engagements du Chapitre quatre des chapitres sectoriels**

L'applicabilité des règles générales ou spécifiques à chaque chapitre sectoriel modifie la compétence du groupe spécial. Tous les débuts de chapitres sectoriels indiquent quelles règles générales du Chapitre quatre sont applicables. L'article 400 renforce l'établissement d'une priorité d'application, au sein d'un chapitre sectoriel donné, des règles et des engagements de libéralisation des échanges applicables en vertu du Chapitre quatre, en précisant qu'« [e]n cas d'incompatibilité entre une règle particulière de la partie IV et une règle générale du présent chapitre, la règle particulière l'emporte, dans la mesure de l'incompatibilité<sup>62</sup>. »

---

<sup>61</sup> Article 902 (italique ajouté).

<sup>62</sup> Article 400.

Dans certains cas, le champ d'application global de la compétence du groupe spécial est rétréci, dans le cas où un chapitre sectoriel exclut les règles générales de l'application propre au chapitre sectoriel. Par exemple, dans le cas où une mesure en conflit se rapporte au commerce des produits de boissons alcoolisées, un groupe spécial n'a pas la compétence de considérer les arguments avancés à l'effet que la mesure limite ou entrave le mouvement des personnes, des biens ou des investissements par-delà les frontières provinciales, puisque cette obligation est explicitement exclue en vertu du chapitre sectoriel.

D'autre part, certains chapitres excluent l'application de règles générales spécifiques en vue de redéfinir l'obligation, et par conséquent la compétence d'un groupe spécial, au sein d'un secteur particulier. Par exemple, le Chapitre six (Investissement) exclut l'application de l'article 404 (Objectifs légitimes), et puis redéfinit l'objectif légitime dans le contexte de l'investissement.

Aux fins de l'interprétation de la compétence matérielle d'un groupe spécial, la mesure dans laquelle les règles de libéralisation générale des échanges s'appliquent à une affaire en litige varie selon le chapitre sectoriel en cause. La figure 2 ci-après indique comment chaque chapitre sectoriel à la Partie IV proscrit ou élargit les règles générales prévues au Chapitre quatre.

## Chapitre 5 : Marchés publics

### Application des règles générales :

- Les articles 401 (Non-discrimination réciproque) et 406 (Transparence) **ne s'appliquent pas**.
- Les articles 400 (Application), 402 (Droit d'entrée et de sortie), 403 (Absence d'obstacles), 404 (Objectifs légitimes) et 405 (Conciliation) **s'appliquent** à ce Chapitre.

**Champ d'application :** Ce chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés publics au Canada par toute entité lui étant affiliée qui figure à l'annexe 502.1A.

**Rapport avec d'autres chapitres :** Aucune précision

**Application du Chapitre dix-sept<sup>63</sup> :** Aucune précision

## Chapitre 6 : Investissement

### Application des règles générales :

- Les articles 401 (Non-discrimination réciproque), 402 (Droit d'entrée et de sortie), 403 (Absence d'obstacles) et 404 (Objectifs légitimes) ne s'appliquent pas.
- Les articles 400 (Application), 405 (Conciliation) et 406 (Transparence) s'appliquent à ce Chapitre, sauf indication contraire dans ce Chapitre.

**Champ d'application :** Ce Chapitre vise les mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux investisseurs et aux entreprises d'une Partie.

**Rapport avec d'autres chapitres :** Sauf indication contraire dans ce Chapitre, en cas d'incompatibilité entre ce Chapitre et tout autre chapitre à la Partie IV, l'autre Chapitre l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité.

**Application du Chapitre dix-sept :** Aucune précision

## Chapitre 7 : Mobilité de la main-d'œuvre

### Application des règles générales :

- Les articles 404 (Objectifs légitimes) et 405 (Conciliation) **ne s'appliquent pas**.
- Les articles 400 (Application), 401 (Non-discrimination réciproque), 402 (Droit d'entrée et de sortie), 403 (Absence d'obstacles) et 406 (Transparence) **s'appliquent** à ce Chapitre

### Champ d'application :

Ce Chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement à :

- (a) les exigences de résidence des travailleurs sous forme de condition d'accès à des perspectives d'emploi ou de condition de certification professionnelle liée au métier du travailleur;
- (b) les exigences de certification, autres que les exigences de résidence, pour les travailleurs qui exercent une profession ou utilisent un titre professionnel réservé particulier;
- (c) les normes professionnelles.

### Ce Chapitre **ne couvre pas** :

- (a) les mesures de politique sociale y compris, sans s'y limiter, les normes et codes du travail, les salaires minimums, les périodes d'admissibilité à l'assurance-emploi et l'aide sociale;
- (b) les mesures du Québec relatives aux exigences linguistiques.

**Rapport avec d'autres chapitres :** Aucune précision

**Application du Chapitre dix-sept :** Le Chapitre dix-sept s'appliquera aux consultations et au règlement de différends découlant du présent chapitre.

<sup>63</sup> Lorsque rien ne précise dans le chapitre l'application du Chapitre dix-sept, il est entendu que le Chapitre dix-sept s'applique en vertu de l'article 1701.

## Chapitre 8 : Mesures et normes en matière de consommation

### Application des règles générales :

- L'article 404 (Objectifs légitimes) **ne s'applique pas** à ce Chapitre.
- Les articles 400 (Application), 401 (Non-discrimination réciproque), 402 (Droit d'entrée et de sortie), 403 (Absence d'obstacles), 405 (Conciliation) et 406 (Transparence) s'appliquent à ce Chapitre, sauf indication contraire dans ce Chapitre.

**Champ d'application :** Ce Chapitre vise les mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux mesures et normes en matière de consommation.

**Rapport avec d'autres chapitres :** Aucune précision

**Application du Chapitre dix-sept :** Le Chapitre dix-sept s'appliquera aux consultations et au règlement de différends découlant du présent chapitre.

## Chapitre 9 : Produits agricoles et produits alimentaires

### Application des règles générales :

- Le Chapitre quatre (Règles générales) s'applique à ce Chapitre, sauf indication contraire dans ce Chapitre.

**Champ d'application:** Ce Chapitre s'applique aux mesures techniques adoptées et maintenues par une Partie relativement au commerce intérieur des produits agricoles et alimentaires

**Rapport avec d'autres chapitres :** En cas d'incompatibilité entre toute disposition de ce Chapitre et toute autre disposition de l'Accord, le présent Chapitre l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité.

**Application du Chapitre dix-sept :** Le Chapitre dix-sept s'appliquera aux consultations et au règlement de différends découlant du présent chapitre.

## Chapitre 10 : Boissons alcooliques

### Application des règles générales :

- L'article 402 (Droit d'entrée et de sortie) **ne s'applique pas**.
- Les articles 400 (Application), 401 (Non-discrimination réciproque), 403 (Absence d'obstacles), 404 (Objectifs légitimes), 405 (Conciliation) et 406 (Transparence) s'appliquent à ce Chapitre, sauf indication contraire dans ce Chapitre

**Champ d'application :** Ce Chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement au commerce des boissons de produits alcooliques.

**Rapport avec d'autres chapitres :** Aucune précision

**Application du Chapitre dix-sept :** Le Chapitre dix-sept s'appliquera aux consultations et au règlement de différends découlant du présent chapitre.

## Chapitre 11 : Transformation des ressources naturelles

### Application des règles générales :

- Le Chapitre quatre (Règles générales) s'applique à ce Chapitre, sauf indication contraire dans le Chapitre.

**Champ d'application :** Ce Chapitre vise les mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement à la transformation des ressources naturelles.

**Rapport avec d'autres chapitres :** En cas d'incompatibilité entre ce Chapitre et tout autre chapitre à la Partie IV, ce Chapitre l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité.

<p><b>Application du Chapitre dix-sept :</b> Le Chapitre dix-sept s'appliquera aux consultations et au règlement de différends découlant du présent chapitre.</p>
<p><b>Chapitre 13 : Communications</b></p>
<p><b>Application des règles générales :</b> À des fins de certitude accrue, le Chapitre quatre (Règles générales) s'applique à ce Chapitre, sauf indication contraire dans le Chapitre.</p> <p><b>Champ d'application :</b> Ce Chapitre vise les mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux services de communication et les installations de télécommunications.</p> <p><b>Rapport avec d'autres chapitres :</b> Aucune précision</p> <p><b>Application du Chapitre dix-sept :</b> Aucune précision</p>
<p><b>Chapitre 14 : Transports</b></p>
<p><b>Application des règles générales :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Articles 401 (Non-discrimination réciproque), 402 (Droit d'entrée et de sortie) et 403 (Absence d'obstacles) <b>ne s'appliquent pas</b>.</li> <li>Les articles 404 (Objectifs légitimes), 405 (Conciliation) et 406 (Transparence) <b>s'appliquent</b> à ce Chapitre, sauf indication contraire dans le Chapitre.</li> </ul> <p><b>Champ d'application :</b> Ce Chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues : (a) par le gouvernement fédéral, qui concerne ou touchent les échanges de services de transport par les transporteurs d'une Province; (b) par une Province, qui concernent ou touchent les échanges de services de transport par des transporteurs d'une autre Province.</p> <p>Aucune disposition du présent Chapitre n'aura pour effet d'empêcher les Parties d'assurer un service de transport public essentiel, soit par voie d'entreprise gouvernementale ou de marché public avec un fournisseur privé, d'une manière conforme au présent Accord.</p> <p><b>Rapport avec d'autres chapitres :</b> Le Chapitre six (Investissement) s'applique à ce Chapitre, sauf indication contraire dans ce Chapitre.</p> <p><b>Application du Chapitre dix-sept :</b> Le Chapitre dix-sept s'appliquera aux consultations et au règlement de différends découlant du présent chapitre.</p>
<p><b>Chapitre 15 : Protection de l'environnement</b></p>
<p><b>Application des règles générales :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Chapter Four (General Rules) applies to this Chapter, except as otherwise provided in this Chapter.</li> </ul> <p><b>Champ d'application :</b> Ce Chapitre vise les mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement This Chapter applies to environmental measures adopted or maintained by a Party that may affect the interprovincial mobility of people or interprovincial trade in goods, services or investments.</p> <p><b>Rapport avec d'autres chapitres :</b> Subject to Article 1508(3), in the event of an inconsistency between this Chapter and any other chapter, the Parties shall endeavour to reconcile the inconsistency.</p> <p><b>Application du Chapitre dix-sept :</b> Chapter Seventeen shall apply to consultations and the resolution of disputes arising out of this chapter.</p>

**Figure 2. Compétence *ratione materiae***

### 2.3.1.1. Exclusions et limitations de l'application du Chapitre dix-sept

L'ACI exclut explicitement certaines dispositions de l'ACI de l'application du Chapitre dix-sept Procédures de règlement de différends. L'article 1701(3)a) limite le champ d'application du Chapitre dix-sept aux consultations entre gouvernements quant à l'obligation des Parties à éviter certains types d'incitatifs conformément au Code de conduite en matière de stimulants<sup>64</sup>. Les articles 1701(2)b) à c) retirent l'approvisionnement pour les entités commerciales et le secteur MESSS (« municipalités, organismes municipaux, commissions scolaires et entités d'enseignement supérieur, des services de santé et des services sociaux financés par l'État<sup>65</sup> ») de la portée du Chapitre dix-sept.

Plus important encore, peut-être, l'annexe 405 est protégée de l'application du Chapitre dix-sept<sup>66</sup>. L'annexe 405(2) prévoit que les Parties doivent collaborer en vue de traiter la divergence, le double emploi ou le chevauchement des mesures ou régimes réglementaires qui coopèrent pour créer un obstacle au commerce interne. L'annexe 405.2(4) affirme le droit des Parties d'adopter ou de maintenir tout régime ou mesure réglementaire « qu'elle estime nécessaire ou approprié pour réaliser un objectif légitime. » Cela s'applique à tous les secteurs lorsque le conflit se rapporte à la divergence d'une mesure ou d'un régime réglementaires.

Ainsi, si les parties sont tenues de coopérer en vue de résoudre le différend en vertu de l'article 405, cela ne rend pas obligatoire un résultat particulier. Le groupe spécial de règlement de différends a la compétence de déterminer si une Partie a enfreint son obligation de coopérer avec une autre Partie qui a soulevé une préoccupation relativement à des divergences réglementaires pouvant entraver le commerce intérieur, mais le groupe spécial n'a pas la compétence d'arbitrer le processus collaboratif en soi. L'annexe 405.2 régit le processus coopératif et l'exclut du règlement de différends<sup>67</sup>. Il s'agit d'une importante exception aux exigences de règlement de différends, étant donné que la divergence de la réglementation peut constituer une barrière commerciale dissimulée.

### 2.3.1.1. Répartition des compétences et interaction entre les Chapitres sectoriels

Les chapitres sectoriels ne sont pas incompatibles. Il est possible qu'un conflit implique des questions assujetties à plus d'un chapitre sectoriel en vertu de la Partie IV, en particulier étant donnée la structure horizontale et verticale des chapitres sectoriels (voir la section 1.2 ci-dessus).

---

<sup>64</sup> Annexe 608.3

<sup>65</sup> Tel que défini à l'annexe 502.4.

<sup>66</sup> Voir l'article 1701(2) et l'annexe 405.2(10).

<sup>67</sup> *Report of the Article 1704 Panel Concerning the Dispute Between Alberta and Canada Regarding the Federal Bank Act - Cost of Borrowing (Banks) Regulations* (4 juin 2004), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/4\\_eng.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/4_eng.pdf) at footnote 103. (« Bien que l'annexe 405.2 soit expressément issue du Chapitre dix-sept sur le règlement de différends, l'obligation de fond de coopérer prévue à l'article 405(2) n'est pas exclue de la même manière. Une Partie qui demande des consultations en vertu de cet article devrait être en mesure de traduire en justice une Partie récalcitrante en vue du règlement de différends; par conséquent, l'article 405(2) est soumis au règlement de différends en cas d'échec de la coopération, même si le processus consultatif de l'annexe 405.2 n'est pas lui-même assujetti au règlement de différends »).

Les engagements exposés dans les chapitres horizontaux s'appliquent uniquement aux chapitres verticaux « s'il y a lieu ». La règle 4 de l'annexe 1813 contient une clause de suprématie qui intervient en cas de situation de conflit entre les chapitres vertical et horizontal : « Sauf disposition contraire, en cas d'incompatibilité entre un chapitre vertical et un chapitre horizontal, le chapitre vertical l'emporte, dans la mesure de l'incompatibilité. » Deux chapitres verticaux — le Chapitre neuf (Produits agricoles et produits alimentaires) et le Chapitre onze (Transformation des ressources naturelles) — contiennent une clause de suprématie supplémentaire, advenant un éventuel conflit avec d'autres chapitres verticaux : « En cas d'incompatibilité entre le présent Chapitre et un autre Chapitre de la partie IV, le présent Chapitre l'emporte, dans la mesure de l'incompatibilité<sup>68</sup>. »

Cette interaction entre les chapitres sectoriels modifie effectivement la compétence matérielle d'un groupe spécial à l'égard des obligations d'une Partie en vertu du chapitre sectoriel pertinent donnant lieu au conflit. Lorsqu'une affaire relève d'un chapitre vertical de même que d'un chapitre horizontal et dans la mesure de l'incompatibilité, les obligations du chapitre horizontal seront inapplicables en dehors de la compétence d'un groupe spécial.

Par exemple, dans l'affaire *Québec – Margarine colorée*<sup>69</sup>, le groupe spécial a conclu quant à la défense invoquée par le Québec que la disposition plus libérale d'« exception légitime » figurant au Chapitre huit sur les Mesures et normes en matière de consommation n'était pas applicable au Chapitre neuf portant sur les Produits agricoles et produits alimentaires. Cela tient à la prévalence du Chapitre neuf dans la mesure d'incompatibilité avec d'autres chapitres et stipule expressément que les obligations du Chapitre quatre sont intégrées séparément au même titre que les obligations du Chapitre neuf. En revanche, il existe là une incompatibilité avec la construction élargie de l'« exception légitime » aux termes du Chapitre huit, que le répondant, à savoir le Québec, cherchait à faire exécuter par le groupe spécial.

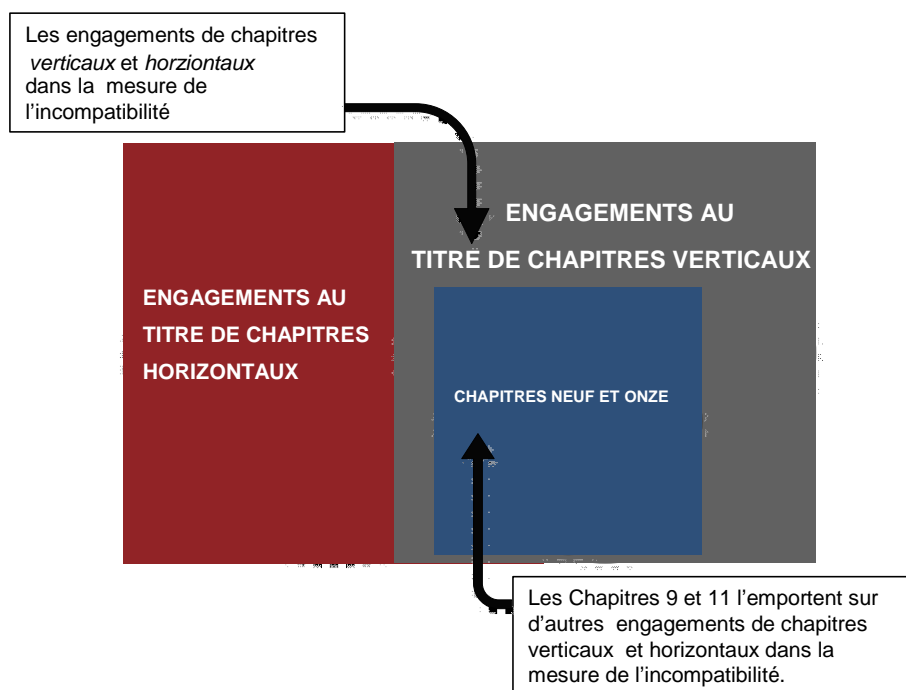
L'affaire *Québec – Margarine colorée* démontre comment la clause de suprématie d'un chapitre vertical peut restreindre la compétence matérielle d'un groupe spécial en matière d'engagements chevauchants issus d'autres chapitres sectoriels. Tout particulièrement, il appert qu'un certain nombre de chapitre horizontaux prévoient des dispositions plus larges et particularisées définissant l'exception en matière d'objectif légitime<sup>70</sup>. La disposition prévoyant une exception d'objectif légitime particulier d'un chapitre horizontal se termine à l'orée des limites de l'exception pour objectif légitime prévue par un chapitre vertical. Lorsqu'une Partie plaignante est en mesure de demander la résolution d'un différend en vertu d'un engagement de chapitre vertical, une Partie répondante ne pourrait justifier une mesure fondée sur une définition divergente de l'objectif légitime aux termes du Chapitre 6 (Investissement), du Chapitre 7 (Mobilité de la main-d'œuvre) ou du Chapitre 8 (Mesures et normes en matière de consommation).

---

<sup>68</sup> Articles 901 et 1101

<sup>69</sup> Québec - *Margarine colorée*, 2005, p. 23.

<sup>70</sup> Article 605 (Investissement), article 708 (Mobilité de la main-d'œuvre), article 803 (Mesures et normes en matière de consommation)



**Figure 3. Compétence matérielle par rapport à la primauté du chapitre sectoriel**

### **2.3.2. Compétence d'un groupe spécial *ratione personae***

Sur la face, la compétence d'un groupe spécial sur les personnes est simple. La compétence d'un groupe spécial vise les « Parties » à l'Accord et une « personne d'une Partie » (Personnes) qui soulèvent une plainte en vertu de l'Accord. Toutefois, il n'est sans doute pas évident que l'Accord modifie la compétence d'un groupe spécial sur les Parties et les Personnes. La section 2.3.2.1 explique comment la définition de « Partie » est modifiée par les divers chapitres sectoriels par rapport à sa définition de base aux termes de l'ACI. La section 2.3.2.2 explique comment la « personne d'une Partie » est plus étroitement définie que la définition de base d'une « personne d'une Partie » dans l'ACI.

#### **2.3.2.1. Une « Partie » aux fins de la compétence d'un groupe spécial**

Aux termes de l'ACI, « Partie » s'entend d'une « Partie au présent accord <sup>71</sup>. » Selon le chapitre, cette définition de partie est élargie, restreinte ou affinée; alors que certains chapitres ne définissent aucunement le terme « Partie ».

L'article 102 élargit le champ d'application des obligations de l'ACI et vise :

<sup>71</sup> Article 200.

- les ministères et organismes de même nature de chaque Partie;
- dans les cas prévus par les chapitres sectoriels, « ses administrations régionales, locales, de district et autres formes d'administration municipale<sup>72</sup> »;
- dans les cas prévus par les chapitres sectoriels, « les autres organismes gouvernementaux et par les organismes non gouvernementaux qui exercent des pouvoirs qui leur sont délégués par la loi. Il est entendu que l'expression « autres organismes gouvernementaux » s'entend également des sociétés d'État<sup>73</sup>.

Selon le chapitre sectoriel applicable, ces deux dernières conditions font varier la mesure d'application des obligations de l'ACI à différents ordres de gouvernement régional, organes quasi-gouvernementaux ou les institutions non gouvernementales exercent un pouvoir délégué. Les marchés publics sont considérablement limités, puisque les parties prévoient une liste positive des entités gouvernementales auxquelles s'appliqueront les engagements au titre des marchés publics. Les autres chapitres, cependant, varient dans la mesure où ils intègrent l'application élargie des obligations de l'Accord conformément aux articles 102(1)*b* and *c*).

Le Chapitre six (Investissement), par exemple, s'applique seulement aux engagements figurant dans l'Accord afin que « les entreprises publiques [qui] exercent, d'une manière compatible avec le présent chapitre, les pouvoirs administratifs ou autres qui leur sont délégués<sup>74</sup>. » Une conséquence potentielle, en pareil cas, veut que la prestation de stimulants afin d'encourager les investissements, couverte par le Chapitre six, ne vise pas les administrations régionales, locales ou de district ou d'autres formes de gouvernements municipaux d'une Partie. Le Chapitre neuf (Produits agricoles et produits alimentaires), de même, ne semble pas étendre les obligations prévues par l'ACI à ces formes de gouvernements.

Les Chapitres sept (Mobilité de la main-d'œuvre) et quatorze (Transports) étendent les obligations d'observation des Parties à d'autres organes gouvernementaux notamment les sociétés d'État, et autres organes non gouvernementaux qui exercent un pouvoir délégué par la loi, et à leurs administrations régionales, locales, de district ou d'autres formes de gouvernement municipal. Le Chapitre quatorze limite ce prolongement des obligations de l'Accord seulement à l'obligation de coopérer en vue de concilier les normes réglementaires qui créent un obstacle au commerce dans les services de transports<sup>75</sup>.

Les Chapitres huit (Mesures et normes en matière de consommation), onze (Transformation des ressources naturelles), douze (Énergie) et treize (Communications) ne contiennent pas de dispositions élargissant les obligations d'une Partie en vertu de l'Accord au-delà des ministères, organismes et autres entités semblables d'une Partie. Cela donne lieu à une échappatoire considérée comme important, en vertu de laquelle une Partie peut agir contrairement à l'ACI en déléguant le pouvoir à une organisation « non gouvernementale » sans lien de dépendance ou des administrations régionales ou municipales.

---

<sup>72</sup> Article 102(1) *b*).

<sup>73</sup> Article 102(1) *c*).

<sup>74</sup> Article 609.

<sup>75</sup> Voir les articles 1404(2) et 1408(1). Ces dispositions sont assujetties à l'annexe 405(2), qui n'est pas soumise à la compétence d'un groupe spécial.

Une approche incohérente de la mesure dans laquelle les obligations aux termes de l'ACI s'appliquent aux mesures non directement prises par une Partie, mais qui sont indirectement attribuables à une Partie, a été employée au détriment des plaignants cherchant à se prévaloir des engagements pris par les provinces en vertu de l'Accord. En 2009, C.E. Network Inc. a cherché à intenter une instance en groupe spécial contre l'Alberta et le Nouveau-Brunswick relativement aux modifications apportées par les organisations non gouvernementales chargées de régler les accréditations en immobilier dans la province; respectivement le Real Estate Council of Alberta (RECA) et l'Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick. L'examineur a conclu dans le rejet d'une demande que les objections soulevées par C.E. Network Inc. n'étaient pas attribuables aux décisions de l'Alberta, et en tant que « commission indépendante, établie en vertu de la loi » ses décisions n'étaient pas couvertes par l'ACI<sup>76</sup>. L'évaluation a conclu qu'une fois les entreprises privatisées par les gouvernements, les décisions de l'entreprise ne sont plus couvertes par les règles générales de l'article 401<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by CE Networks Inc. to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Alberta and New Brunswick (19 octobre 2009), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/ce\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/ce_en.pdf) [SR - CE Networks] au par. 7.

<sup>77</sup> SR - CE Networks. L'examineur a conclu que le Chapitre sept sur la mobilité de la main-d'œuvre ne s'appliquait pas à CE Networks en tant que personne morale, bien qu'il soit discutable dans ce cas si une personne (y compris une société) doit simplement montrer que la violation de l'accord a provoqué un refus d'avantages (non pas l'avantage précis prévu par le chapitre).

Chapitre	Chap. 5	Chap. 6	Chap. 7	Chap. 8	Chap. 9	Chap. 10	Chap. 11	Chap. 13	Chap. 14	Chap. 15
102(1) a) :	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
102(1) b) :	✓	✓	✓	S.O.	✓	S.O.	S.O.	S.O.	✓	S.O.
102(1) c) :	✓	✓	✓	S.O.	✓	✓	S.O.	S.O.	✓	✓
<b>Obligations de conformité supplémentaires :</b>	Entités figurant à l'annexe 502.1A et de l'annexe 502.3 et les entités visées par l'annexe 502.4.	Pouvoir administratif ou gouvernemental délégué exercé par une entreprise maintenue ou établie par une Partie.	Chaque partie doit, en prenant des mesures appropriées, viser l'observation du présent chapitre par les organes non gouvernementaux autres que ceux exerçant le pouvoir délégué par la loi.			Les autorités compétentes énumérées à l'annexe 1003, et toute entité à laquelle ces autorités délèguent des pouvoirs.				Les organes figurant à l'annexe 1503.

**Figure 4. Compétence *ratione personae***

Il est à noter qu'il existe une présomption dans l'interprétation de la portée des obligations. Lorsqu'un article dans un chapitre donné précise « en vertu de l'Article 102 », il implique que cela comprend la portée entière des alinéas a) à c). À l'inverse, lorsqu'il n'y a aucune disposition en ce sens, les alinéas b) et c) ne sont pas intégrées par défaut.

- **Art. 102(1) a) :** Conformité des ministères du gouvernement et organismes de même nature
- **Art. 102(1) b) :** Conformité des administrations régionales, locales, de district et autres formes d'administration municipale
- **Art. 102(1) c) :** Conformité des autres organismes gouvernementaux et par les organismes non gouvernementaux qui exercent des pouvoirs qui leur sont délégués par la loi.

\* **S.o. :** Le Chapitre ne prévoit aucune disposition en ce sens

### 2.3.2.2. Une « personne d'une Partie » aux fins de la compétence du groupe spécial

Aux termes de l'ACI, la définition de « personne » est « Personne physique ou entreprise » et « personne d'une Partie » se définit comme suit : « [s]elon le cas : a) personne physique résidant sur le territoire d'une Partie; b) entreprise d'une Partie<sup>78</sup>. » Toutefois, le Chapitre dix-sept rétrécit considérablement la définition de « personne d'une Partie », ce qui rend le processus beaucoup moins accessible aux non-Parties.

D'abord, les Personnes n'ont pas directement accès aux procédures de règlement de différends prévues au Chapitre dix-sept. Une Personne est plutôt tenue de demander d'abord à une partie d'engager des procédures pour son compte. Si la Partie décide de ne pas engager de procédures pour le compte d'une Personne, celle-ci peut choisir de faire appel au processus de règlement de différends en vertu de la Partie B. Comme le processus de règlement de différends conformément à la Partie B est conditionnel à une tentative infructueuse d'engager des procédures aux termes de la Partie A, une Personne doit cumulativement satisfaire à la fois aux exigences de l'article 1712 (Procédures engagées par un gouvernement pour le compte de personnes) et l'article 1713 (Procédures engagées par des personnes).

L'article 1712 (1) prévoit que le gouvernement envisage la demande d'une Personne si celle-ci « a un lien direct et substantiel » avec la Partie, défini à l'article 1703 (6) comme étant « a) la personne réside dans la province ou y exploite une entreprise; b) la personne a subi un préjudice économique ou s'est vu refuser des avantages; c) les conséquences de ce préjudice économique ou du refus des avantages sont ressenties dans la province<sup>79</sup>. » Par conséquent, la Personne doit montrer que le préjudice économique ou le refus des avantages est causé par une entrave au commerce intérieur ressentie « dans la province ». Si une Province rejette la demande ou omet d'agir en réponse à la demande d'une personne sous prétexte que celle-ci n'a pas de « lien direct et substantiel » avec la Partie, la décision empêche effectivement la partie d'engager des procédures en vertu de l'article 1713. La décision de l'examineur rendue en 2008 contre Saputo<sup>80</sup>, a précisé que l'exigence du lien direct et substantiel avec la province prévu à l'article 1703(6) doit être satisfaite avant que la personne soit admissible en vertu de l'article 1713. Les exigences voulant que les « conséquences [soient] ressenties par la province » restreignent considérablement la compétence du tribunal sur les personnes d'une partie et, fait sans doute plus important, peuvent éliminer le recours de certaines personnes aux termes de l'ACI.

---

<sup>78</sup> Article 200.

<sup>79</sup> Voir, Article 1703(6) a) à c). L'article 1703(7) et (8) prévoit des exigences supplémentaires applicables au Chapitre sept (Mobilité de la main-d'œuvre) et lorsque la Partie plaignante est le gouvernement fédéral.

<sup>80</sup> *Article 1713 Report: In the Matter of a request made by Saputo Inc to commence dispute resolution proceedings by a person-to-government complaint against Canada* (18 août 2008), <http://www.ait-aci.ca/en/dispute/Saputo%20Inc%20Screeener%20Decision.pdf> au par. 16 (iv).

## **2.4. DROITS PROCÉDURAUX ET MÉCANISMES DE RÉOLUTION DE DIFFÉRENDS**

Le Chapitre dix-sept prévoit deux voies procédurales de règlement de différend : Partie A – Règlement des différends entre gouvernements et la Partie B : Règlement des différends entre une personne et un gouvernement. L'ACI accorde la priorité au règlement de différends en vertu de la Partie A, la Partie B constituant un droit d'accès de rechange pour les personnes d'une Partie, lorsqu'une Partie a refusé d'engager des procédures en leur nom.

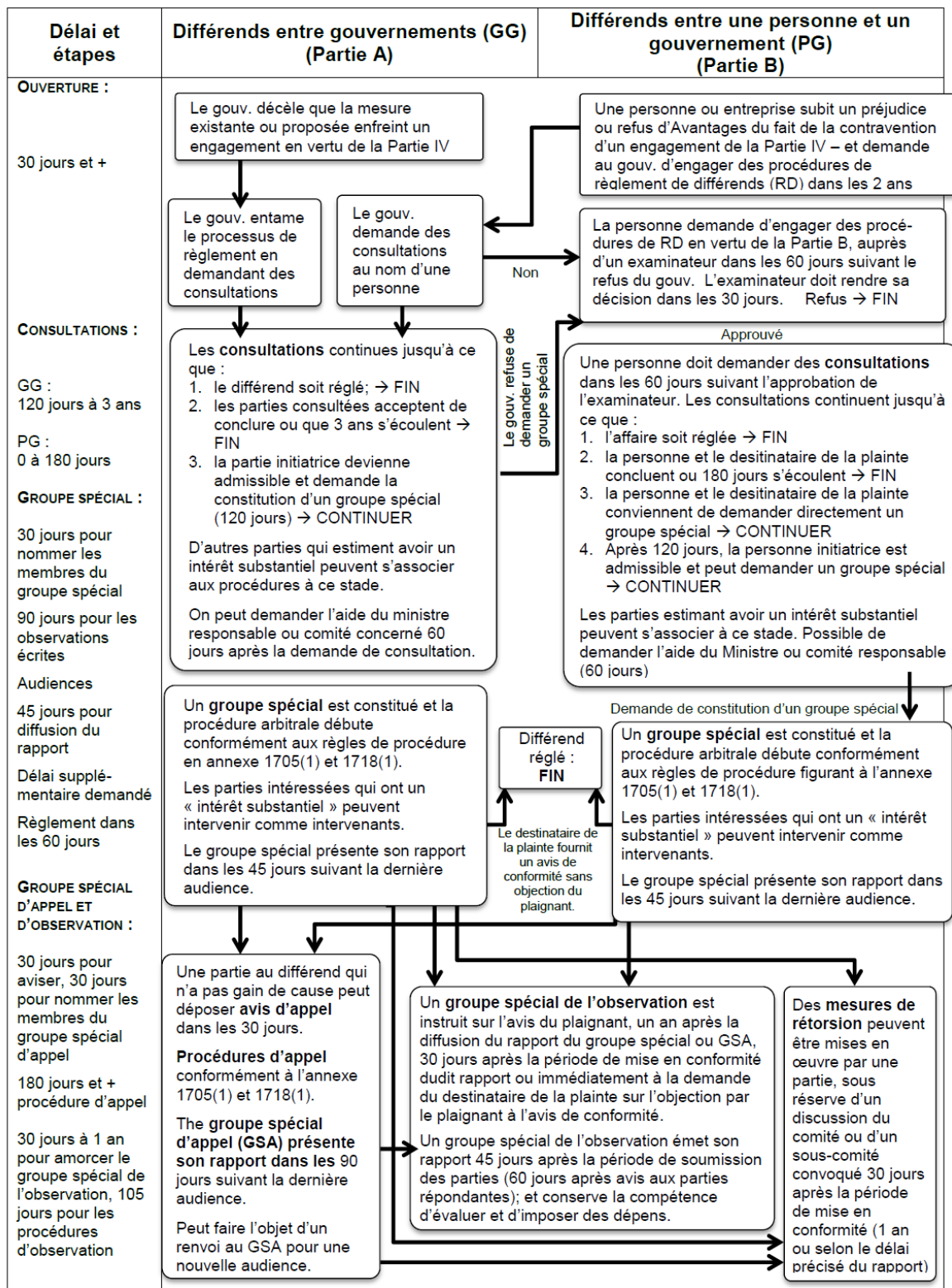


Figure 5. Processus de règlement de différends de l'ACI

### 2.4.1. Partie A : Règlement des différends entre gouvernements

La procédure de règlement de différends entre gouvernements prévue à la Partie A est prévue aux articles 1702.1 à 1709. Dans un premier temps, une partie gouvernementale doit cerner une mesure considérée comme incompatible avec les obligations d'une autre Partie en vertu de l'Accord et du chapitre sectoriel applicable. Tous les chapitres sectoriels, à l'exception du Chapitre cinq (Marchés publics), empruntent directement le mécanisme de règlement de différends aux termes du Chapitre dix-sept<sup>81</sup>. La Partie plaignante doit d'abord fournir un avis écrit indiquant la mesure en place ou proposée en litige et demandant des consultations avec la partie responsable de la mesure<sup>82</sup>. Les questions relatives aux stimulants sont assujetties à un délai de prescription, et il est interdit aux parties d'entamer des consultations qui ont déjà fait l'objet d'un compromis mutuellement accepté ou du rapport d'un groupe spécial déjà diffusé, et ce, au cours des trois dernières années<sup>83</sup>. Le processus de consultation est confidentiel et les parties peuvent demander l'aide de groupes de travail sectoriels mis sur pied en vertu de l'ACI, ou après 60 jours, l'aide des ministres concernés ou des membres du Comité des ministres du commerce intérieur<sup>84</sup>.

« Toute Partie qui *estime avoir*, dans la question, un intérêt substantiel » peut participer aux consultations<sup>85</sup>. Si les consultations ne règlent pas la question à la satisfaction des Parties (y compris une Partie intervenante consultée), elles se poursuivent jusqu'au règlement de la question, jusqu'à ce que les Parties conviennent mutuellement de conclure les consultations ou si la Partie initiatrice, la Partie consultée, ou la Partie initiatrice et la Partie consultée demandent conjointement la constitution d'un groupe spécial — au plus tôt dans les 120 jours suivant la remise de la demande de consultation<sup>86</sup>. Une demande de constitution d'un groupe spécial doit répondre à des exigences de forme particulière<sup>87</sup> et doit être présentée dans un délai maximum de trois ans après l'engagement des consultations, sinon il sera conclu que les participants aux consultations sont réputés avoir renoncé à faire valoir la plainte<sup>88</sup>.

Le paragraphe 9.1 de l'article 1703, autorise « toute Partie qui a, dans la question faisant l'objet du différend, un intérêt substantiel » à intervenir à des procédures à titre d'intervenant. La détermination de savoir si la partie qui demande à participer en tant qu'intervenant à l'étape du

---

<sup>81</sup> Il n'est pas évident dans quelle mesure le Chapitre dix-sept s'applique au Chapitre treize (Communications). À la différence de tous les autres Chapitres en vertu de la Partie IV, il n'existe aucun article stipulant l'application du Chapitre dix-sept au règlement de différends. Cela dit, l'article 1701 prévoit une protection générale pour la prévention et règlement de différends et l'interprétation et l'application de l'Accord, sous réserve des exceptions énumérées. Aucune partie du Chapitre treize ne figure dans ces exceptions.

<sup>82</sup> Article 1702.1(1).

<sup>83</sup> Articles 1702.1(2) à (3).

<sup>84</sup> Articles 1702.1(5) à (11).

<sup>85</sup> Article 1702(10) (italique). Un intérêt substantiel est défini à l'article 1703(10) comme étant une situation où une partie maintient une mesure analogue à celle en litige ou la partie est une province dotée d'un grand nombre de personnes qui font affaires dans la province qui sont ou seront touchés par la mesure.

<sup>86</sup> Article 1703(1) à (2).

<sup>87</sup> Article 1703(4) « La demande de constitution du groupe spécial doit : a) spécifier la mesure effective ou le projet de mesure qui fait l'objet de la plainte; b) énumérer les dispositions pertinentes de l'Accord; c) fournir un bref résumé de la plainte; d) expliquer comment la mesure a nui ou pour[r]ait nuire au commerce intérieur; e) énoncer le préjudice qui est ou pourrait être causé, ou les avantages qui sont refusés ou pourraient l'être, par suite de la mesure effective ou du projet de mesure. »

<sup>88</sup> Cette exigence structurelle prévue à l'article 1703(2) a été ajoutée par le Quatorzième protocole de modification.

groupe spécial fait l'objet d'une définition objective. Le Secrétariat de l'ACI auquel est présentée la demande procède vraisemblablement à cette détermination et, une fois constitué, le groupe spécial a la compétence de l'évaluer. D'autre part, une Partie qui s'est associée aux procédures à titre d'intervenant à l'étape des consultations, sur sa propre détermination subjective qu'elle avait un intérêt substantiel aux termes du paragraphe 10, peut être associée à des procédures à titre de Partie plaignante, sans égard au *fait* que la Partie ait ou non un intérêt substantiel pour la question en conflit<sup>89</sup>.

Une fois demandé, un groupe spécial composé de trois membres (ou d'une seule personne si les parties en conviennent<sup>90</sup>) choisis à même un registre établi et devant être nommés dans les 30 jours, sans quoi le Secrétariat de l'ACI nommera les membres du groupe spécial. Les avis écrits doivent être présentés dans les 45 jours après la demande initiale de constitution d'un groupe spécial et les réponses des parties au différend, dans les 45 jours suivant la réception du mémoire écrit du plaignant. Les audiences orales sont tenues dans les 30 jours suivant la réception du dernier mémoire écrit et le groupe spécial présente son rapport dans les 45 jours suivant la conclusion des audiences orales<sup>91</sup>. Tous les délais sont soumis à des modifications s'il est juste et raisonnable de le faire<sup>92</sup>.

L'article 1705(3) prévoit des règles procédurales à respecter obligatoirement — « [d]ans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, les organes décisionnels fonctionnent sans formalisme et avec célérité. »

Les organes décisionnels ont la prérogative d'obtenir « de toute personne ou de tout organisme les renseignements et conseils spécialisés qu'il estime utiles<sup>93</sup> ». Cependant, les Parties participantes (à savoir les Parties au différend et tous les intervenants) doivent convenir de la consultation de ces personnes par les organes décisionnels. Un groupe spécial est tenu de présenter un rapport fondé sur les observations des Parties participantes et « sur toute autre preuve reçue au cours des procédures<sup>94</sup> ». Le rapport du groupe spécial doit :

- indiquer les conclusions de fait;
- indiquer, motifs à l'appui, si la mesure est incompatible avec l'Accord; dans l'affirmative, indiquer, motifs à l'appui, si la mesure a nui au commerce intérieur et causé un préjudice ou entraîné un refus d'avantages;
- contenir, si une Partie au différend en fait la demande, des recommandations visant à faciliter le règlement du différend;
- contenir, s'il y a lieu, et à la discrétion du groupe spécial, une stipulation du délai imparti pour que le destinataire de la plainte se conforme à l'Accord;
- [rendre] une décision sur la répartition des coûts opérationnels<sup>95</sup>.

---

<sup>89</sup> Article 1703(9.2).

<sup>90</sup> Article 1704.1.

<sup>91</sup> Annexe 1705(1), 1718(1) (Règles de procédure).

<sup>92</sup> Annexe 1705(1), 1718(1) (Règles de procédure).

<sup>93</sup> Article 1705(2).

<sup>94</sup> Article 1706(1).

<sup>95</sup> Article 1706(3).

L'article 1707 traite du règlement et de l'observation et le deuxième paragraphe confirme que : « Chaque fois que cela est possible, le différend est réglé en supprimant, en modifiant ou en n'appliquant pas la mesure qui est ou serait incompatible avec l'Accord<sup>96</sup>. » L'article encourage le règlement de différends par voie de négociation en autorisant l'interruption des procédures en vue « de négocier un règlement mutuellement satisfaisant<sup>97</sup>».

Le mécanisme de règlement de différends comporte un certain nombre de dispositions afin de régler les questions issues des procédures de différend, le rapport du groupe spécial<sup>98</sup> et d'encourager l'observation :

- un groupe spécial conserve la compétence aux fins de l'évaluation d'une ordonnance relative aux coûts (ordonnance sur les sanctions pécuniaires et ordonnance répartissant les coûts opérationnels) après qu'il présente son rapport<sup>99</sup>;
- une Partie au différend peut interjeter appel d'un rapport aux motifs que le groupe spécial « a commis une erreur de droit, n'a pas observé un principe de justice naturelle, ou a excédé ou refusé d'exercer sa compétence<sup>100</sup> » et un groupe spécial d'appel a le pouvoir de « confirm[er], modifi[er], annuler ou rempla[cer] le rapport, en tout ou [en] partie, ou renvoyant l'affaire devant le groupe spécial afin qu'il tienne une nouvelle audience », et de répartir des coûts opérationnels supplémentaires et des dépens prévus au tarif à sa seule discrétion<sup>101</sup>;
- un an après la présentation du rapport du groupe spécial (ou l'expiration d'une période de mise en œuvre stipulée), une Partie plaignante peut demander au Secrétariat de convoquer de nouveau le groupe spécial à titre de groupe spécial de l'observation des décisions pour qu'il décide si le destinataire de la plainte s'est conformé à l'Accord, en ce qui concerne les questions examinées dans le rapport<sup>102</sup>;
- un groupe spécial de l'observation des décisions a le pouvoir de rendre des ordonnances sur des sanctions pécuniaires en contrepartie de la violation des obligations par la Partie, de façon à encourager l'observation des décisions<sup>103</sup>.

#### **2.4.2. Partie B : Règlement des différends entre une personne et un gouvernement**

La procédure prévue à la Partie B mettant en cause le règlement des différends entre une personne et un gouvernement s'inscrit aux articles 1710 à 1726 de l'Accord. Les personnes d'une Partie peuvent déposer une demande d'engager des procédures de résolution de différends contre une

---

<sup>96</sup> Article 1707.2.

<sup>97</sup> Article 1707.4 (La partie plaignante devrait engager des procédures à nouveau dans les 36 mois).

<sup>98</sup> At the Panel, Appellate Panel, and Compliance Panel stages, parties have 10 days to request clarification or correction of errors (Articles 1706(5), 1706.1(9), 1707(13) respectively).

<sup>99</sup> Article. 1706(4).

<sup>100</sup> Article 1706.1(1).

<sup>101</sup> Article 1706.1(4).

<sup>102</sup> Article 1707(9). La partie plaignante doit s'opposer à un avis de conformité soumis par le destinataire de la plainte. Celui-ci sera réputé s'être conformé avec l'Accord en ce qui concerne les questions traitées dans le rapport, si la Partie plaignant omet de s'y opposer. Après l'objection, le destinataire de la plainte peut demander tout de suite la constitution d'un groupe spécial de l'observation, alors qu'une partie plaignante doit attendre l'échéance de la période d'attente d'un an après la diffusion du rapport du groupe spécial, sans égard à une objection formulée par le destinataire de la plainte contre l'avis de conformité.

<sup>103</sup> Article 1707.1. Voir la section 2.6.1 pour un examen des mécanismes d'observation et d'application.

Partie qui *a mis en œuvre* des mesures incompatibles avec leurs obligations. Les personnes d'une partie sont les mieux placées pour subir un préjudice ou un refus des avantages lorsque ces mesures sont mises en œuvre.

Pour qu'une personne engage des procédures de règlement de différends, elle doit d'abord présenter une demande à une Partie, avec laquelle « elle a un lien direct et substantiel<sup>104</sup> ». La demande doit également répondre à des exigences de forme particulières<sup>105</sup>. La Partie *peut* exiger de la Personne qu'elle épuise tous les recours administratifs dont elle dispose, avant de décider d'engager de telles procédures pour le compte de cette personne. Après avoir épuisé tous les recours administratifs dont elle dispose, la personne doit refaire la demande<sup>106</sup>. La Partie doit répondre à la demande d'une personne dans un délai de 30 jours<sup>107</sup>, et lorsqu'elle décide d'engager des procédures, elle doit le faire dans un délai de 10 jours suivant sa réponse à la personne. À ce stade, le règlement de différends se déroule comme s'il avait été entamé par une Partie en vertu de la Partie A.

Si une Partie refuse d'engager des procédures de résolution de différends au nom d'une Personne, ou si par la suite elle refuse de demander la constitution d'un groupe spécial dans les 120 jours suivant le début de ses consultations, une Personne peut engager des consultations ou des procédures en vertu de la Partie B. Une personne d'une Partie doit en faire autant dans les 60 jours après la réception, réelle ou réputée, d'un avis lui indiquant qu'une Partie n'engagera pas de procédures pour son compte ou qu'elle ne demandera pas la constitution d'un groupe spécial<sup>108</sup>.

Sur la présentation de leur demande, les personnes d'une Partie signent une formule de reconnaissance et de consentement indiquant qu'elles doivent payer les dépens, fournir un cautionnement pour ces dépens, si un organe décisionnel le lui ordonne, et consentir au processus de règlement de différends énoncé au Chapitre dix-sept<sup>109</sup>.

Une personne doit engager des procédures de règlement de différends dans un délai de deux ans suivant « la date à laquelle la personne a pris ou aurait dû prendre connaissance de la mesure qu'elle prétend incompatible *et* de la perte ou des dommages qu'elle a subis, ou des avantages qui lui ont été refusés<sup>110</sup> » lorsque la Personne n'est pas tenue d'épuiser tous les recours administratifs dont elle dispose. Il est exigé d'une Personne qu'elle épuise tous les recours administratifs dont elle dispose, ce délai de prescription est prolongé jusqu'à deux ans après la satisfaction de cette exigence<sup>111</sup>. Il est également interdit aux personnes d'une Partie d'engager des procédures si une mesure a fait précédemment l'objet d'un règlement à la satisfaction mutuelle des parties

---

<sup>104</sup> Article 1712(1).

<sup>105</sup> Article 1712(2).

<sup>106</sup> Article 1712(3).

<sup>107</sup> Lorsqu'une partie omet de répondre dans les 30 jours suivant la demande d'engager des procédures de règlement de différends, elle est réputée avoir choisi de ne pas engager des procédures (Article 1712(4)).

<sup>108</sup> Article 1713(1). Conformément à l'article 1712(6), une Partie est réputée avoir choisi de ne pas demander la constitution d'un groupe spécial, si elle ne fournit pas d'avis à la personne à l'effet qu'elle a décidé de ne pas demander la constitution d'un groupe spécial dans les 120 jours suivant la demande de consultations.

<sup>109</sup> Article 1713(4).

<sup>110</sup> Article 1713(5) (italique ajouté).

<sup>111</sup> Article 1713(5).

concernées, ou de la partie répondante et une autre personne d'une Partie, au cours des trois dernières années. Cette interdiction s'applique lorsque la question en litige a fait l'objet d'un rapport de groupe spécial ou de groupe spécial d'appel au cours des trois dernières années<sup>112</sup>.

Avant d'entamer le processus de règlement de différends, la plainte d'une personne doit être approuvée par un examinateur indépendant nommé par le gouvernement. Ce processus d'examen n'existe pas dans le cadre du mécanisme de règlement de différends entre gouvernements. Chaque Partie est responsable de la tenue d'un registre d'examineurs en mesure de prendre des décisions indépendantes reposant sur le bien-fondé de la demande et qui possèdent de l'expertise en droit administratif canadien<sup>113</sup>. Dans les 30 jours suivant la réception d'une demande, l'examineur d'une Partie doit déterminer si une personne devrait être autorisée à engager des procédures de règlement de différends. L'examineur doit tenir compte des éléments suivants :

- si la plainte est frivole ou vexatoire;
- si elle a été déposée uniquement pour harceler le destinataire de la plainte;
- s'il peut être allégué raisonnablement que la personne a subi un préjudice ou s'est vu refuser des avantages ou, s'il s'agit d'un syndicat, si ses membres ont subi un préjudice ou se sont vu refuser des avantages<sup>114</sup>.

Conformément aux toutes dernières modifications apportées aux termes du quatorzième protocole de modification, lorsqu'un examinateur autorise l'engagement de procédures de règlement de différends, l'examineur n'est pas chargé de déterminer le chapitre sectoriel en vertu duquel la Personne engage des procédures.

Une fois que l'examineur approuve la demande d'une personne, la personne et la Partie mise en cause peuvent convenir de procéder directement à la constitution d'un groupe spécial<sup>115</sup>. En l'absence d'une entente, une Personne doit demander des consultations dans les 60 jours, ou être réputée avoir renoncé à la demande présentée<sup>116</sup>.

En l'absence d'une entente de faire abstraction de l'exigence de consultation, la Personne doit présenter une demande officielle de consultation. Si la situation n'est pas réglée à la satisfaction des parties au différend dans les 120 jours suivant l'avis de demande de consultations, la personne peut demander la constitution d'un groupe spécial<sup>117</sup>. Une personne a un délai d'au plus tôt 120 jours et d'au plus tard 180 jours après la remise de la demande de consultations pour demander la constitution d'un groupe spécial. Dès lors, le processus reflète étroitement le mécanisme prévu par le régime de règlement de différends entre gouvernements<sup>118</sup>.

Dans les consultations entre le gouvernement et une personne, toute partie qui estime avoir un intérêt substantiel pour la question — soit car elle applique une mesure analogue à la mesure contestée; soit car la Partie est une province et il y a, sur son territoire, un nombre suffisant de

---

<sup>112</sup> Article 1713(7).

<sup>113</sup> Article 1714(1).

<sup>114</sup> Article 1714(4).

<sup>115</sup> Article 1714(11).

<sup>116</sup> Article 1715(2).

<sup>117</sup> Article 1714.1.

<sup>118</sup> Voir l'article 1715(3) à (11).

personnes qui exploitent une entreprise et qui sont ou seront touchées par la mesure effective ou le projet de mesure en cause — a le droit d'intervenir aux procédures en tant qu'intervenant.

Le rapport d'un groupe spécial de règlement de différends entre une personne et un gouvernement diffère uniquement au titre de deux aspects matériels du rapport présenté par un groupe spécial de règlement de différends entre gouvernements :

- les groupes spéciaux peuvent seulement déterminer si la mesure effective en cause a *entravé* avec le commerce intérieur et si elle a *causé* un préjudice ou un refus d'avantages par suite de son application;
- un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance attribuant les dépens prévus au tarif à la Partie plaignante<sup>119</sup>.

Les toutes dernières modifications apportées dans le cadre du quatorzième protocole de modification ont ajouté un recours à un groupe spécial d'appel par les Parties au différend à la suite d'une décision rendue par un groupe spécial en vertu de la Partie B du Chapitre dix-sept<sup>120</sup>. Le groupe spécial d'appel a les mêmes pouvoirs qu'un groupe spécial constitué en vertu de la Partie A. De plus, le groupe spécial d'appel a la capacité d'imposer des dépens prévus au tarif contre une personne interjetant appel contre le rapport du groupe spécial initial, alors qu'un groupe spécial peut seulement imposer des dépens prévu au tarif à la partie répondante.

Un groupe spécial peut examiner si la Partie observe la décision d'un groupe spécial ou d'un groupe spécial d'appel et faire exécuter la décision par la Partie qui refuse de s'y conformer. Un an après que le groupe spécial ou le groupe spécial d'appel a présenté son rapport, une personne d'une Partie peut demander de constituer un groupe spécial de l'observation des décisions<sup>121</sup>. Enfin, hormis la capacité de rendre une ordonnance sur des sanctions pécuniaires contre une partie qui ne s'est pas conformé aux décisions du rapport d'un groupe spécial, le groupe spécial a également le pouvoir de rendre une « ordonnance sur les coûts<sup>122</sup> ».

## 2.5. MODÈLES EXISTANTS D'UTILISATION

Les modèles d'utilisation existants du mécanisme de règlement de différends ne permettent pas de déterminer catégoriquement si le processus de résolution de conflits de l'ACI sous sa forme actuelle est efficace. Les modèles d'utilisation, cependant, peuvent permettre d'évaluer par déduction des forces et les faiblesses de certaines dispositions découlant d'analyses endogènes

---

<sup>119</sup> Voir l'article 1716.

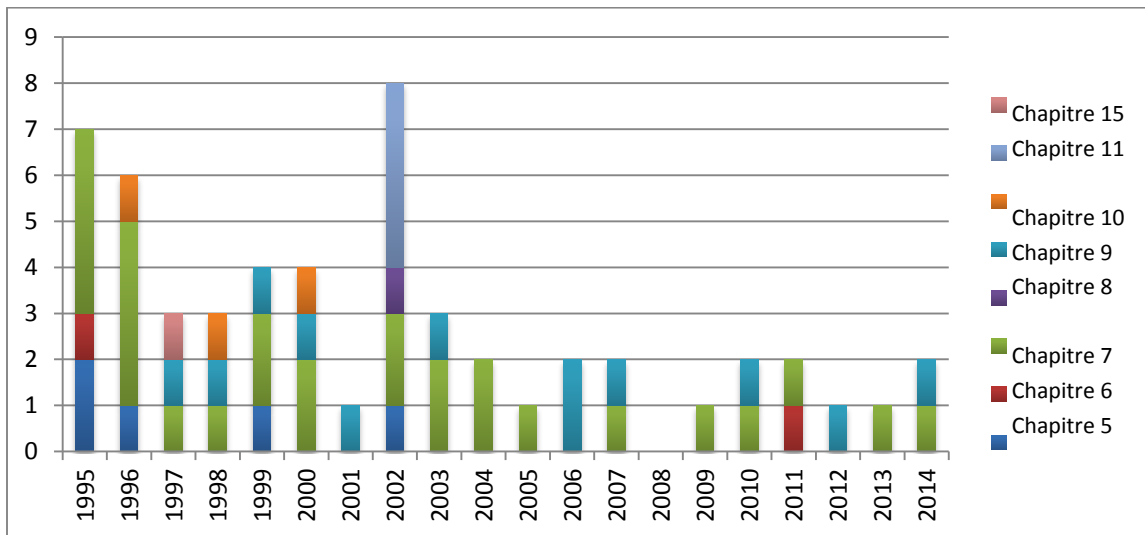
<sup>120</sup> Article 1720.

<sup>121</sup> Article 1721(9).

<sup>122</sup> Article 1721. Les « frais supplémentaires » sont définis à l'article 1734 comme suit : « Les coûts raisonnables engagés par une personne dans une procédure du groupe spécial de l'observation des décisions en ce qui concerne : a) les honoraires de l'avocat ou du représentant, relativement à la préparation de l'audience; b) les honoraires de l'avocat ou du représentant, relativement à leur présence à l'audience; c) les honoraires et débours des experts; d) les frais de poste, de messagerie et débours, y compris les frais de déplacement, dans la mesure où ils excèdent les dépens prévus au tarif. »

comparatives fournies dans le présent rapport. Nous reconnaissons que toute inférence doit être envisagée en tenant compte de l'ensemble de données limitées à disposition<sup>123</sup>.

Depuis la conclusion de l'ACI il y a 20 ans, 56 plaintes ont été soulevées dans le cadre du processus de règlement de différends de l'ACI et un déclin visible des plaintes depuis 2002. Le Chapitre sept (Mobilité de la main-d'œuvre) et le Chapitre neuf (Produits agricoles et produits alimentaires) constituent la majorité des plaintes soulevées, ce qui correspond à 28 et à 12 plaintes respectivement ou à un peu plus de 70 % de tous les cas. À l'exception de l'année 2002, où la Nouvelle-Écosse a présenté trois recours distincts relatifs au traitement du crabe des neiges en vertu du Chapitre onze, le nombre de plaintes soulevées aux termes du processus de règlement de différends de l'ACI a sensiblement diminué. Comme l'illustre la figure 6, au cours des huit premières années de l'Accord, les parties au différend ont soulevé des plaintes en vertu d'une variété de chapitres. Durant les 12 prochaines années, les différends ont presque exclusivement été soulevés en vertu des Chapitres sept et neuf.



**Figure 6. Procédures de règlement de différends engagées par Chapitre au fil du temps**

Parmi toutes les procédures introduites, 60 % se sont conclues à l'étape des consultations, car elles ont été réglées, réputées inactives ou étaient toujours actives au stade des consultations en date de novembre 2014. Seulement un quart (14 cas) se sont terminés à l'étape du groupe spécial. Si l'on tient compte des différends qui sont conclus après que la constitution d'un groupe spécial est demandée, mais non accordée, ou refusée par l'examineur, les différends qui sont passés à une étape quasi-judiciaire du processus de règlement des différends correspondent à 40 % de tous les conflits. (Voir la figure 4).

<sup>123</sup> Toutes les données sur l'état des plaintes provient du Secrétariat de l'ACI, *État des plaintes par chapitre (2014)*, [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/dispute\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/dispute_en.pdf).

Parmi les 31 plaintes conclues à l'étape des consultations, cependant, seulement la moitié étaient en fait réglées d'un commun accord par les parties. Le reste des demandes, à l'exception de deux différends qui n'étaient finalement pas assujettis à l'ACI, ont été soit retirées, soit réputées inactives.

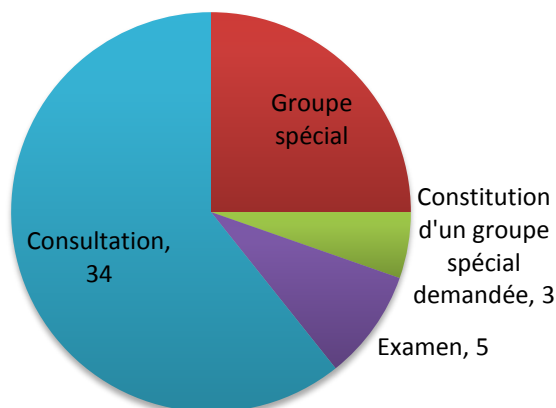


Figure 7. Différends par étape de règlement à la disposition

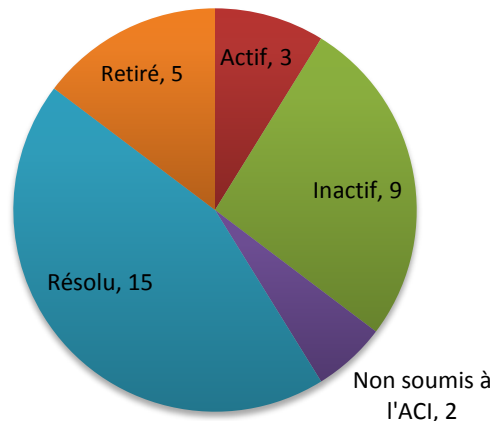
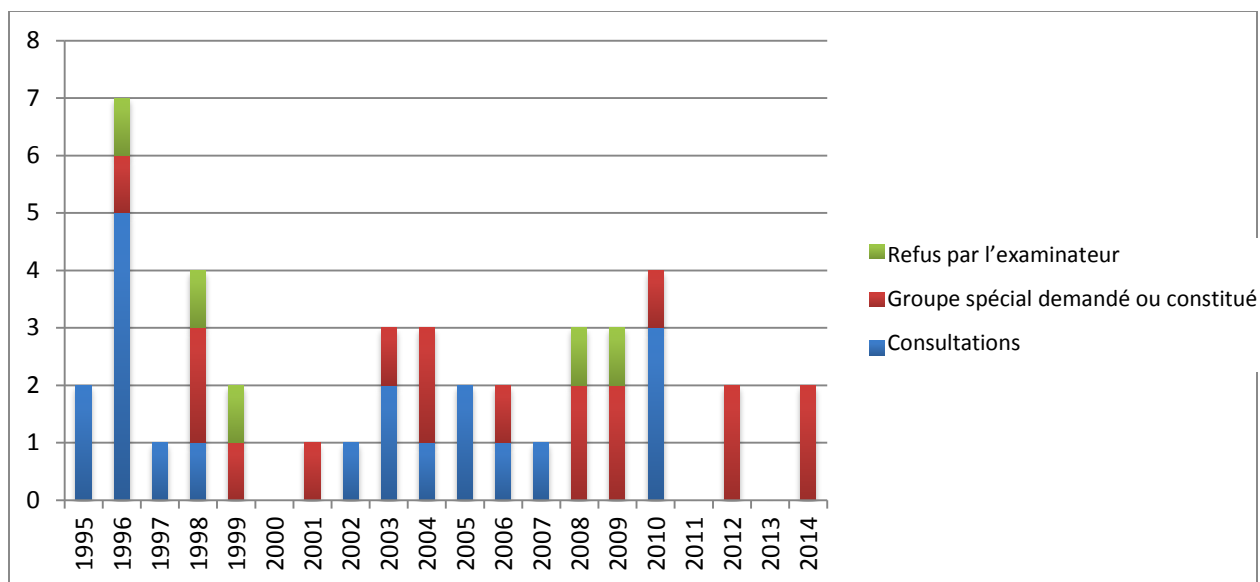


Figure 8. Disposition des consultations

Si l'on examine l'étape à laquelle les différends sont parvenus à leur décision définitive, par le règlement mutuel du différend, le rejet par un examinateur, la décision d'un groupe spécial ou le retrait de la demande de règlement de différend<sup>124</sup>, une augmentation observable se dégage au niveau du nombre de différends conclus après la demande de constitution ou après la constitution d'un groupe spécial. (Voir la figure 6). On constate une distribution uniforme au fil des années : vingt différends se sont terminés à l'étape des consultations, tandis que dix-huit se sont conclus seulement après la demande de constitution ou la constitution d'un groupe spécial, et cinq ont été rejetés par des examinateurs. Au total, 10 décisions ont été rendues par des examinateurs<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Certains différends étaient inactifs ou jugés non soumis à l'ACI soit à l'étape des consultations, du groupe spécial, ou après la demande de constitution d'un groupe spécial et n'ont pas été intégrés aux présents calculs.

<sup>125</sup> Secrétariat de l'ACI, *État des plaintes par chapitre* (2014).



**Figure 9. Stade de règlement de différends à la décision définitive**

Les parties au différend et les personnes sont autorisées, voire encouragées, à régler mutuellement le différend, même après la constitution d'un groupe spécial afin de trancher la question en conflit. Singulièrement, il y a 14 différends pour lesquels un groupe spécial a été constitué et 13 rapports de groupes spéciaux présentés. Le groupe spécial qui n'a pas présenté de rapport est marqué inactif par le Secrétariat de l'ACI. Cela indiquerait qu'une le groupe spécial constitué, la possibilité de résoudre un différend par consensus et négociation est très faible. Cela dit, dans un cas, l'affaire a été résolue mutuellement après la demande de constitution d'un groupe spécial<sup>126</sup>.

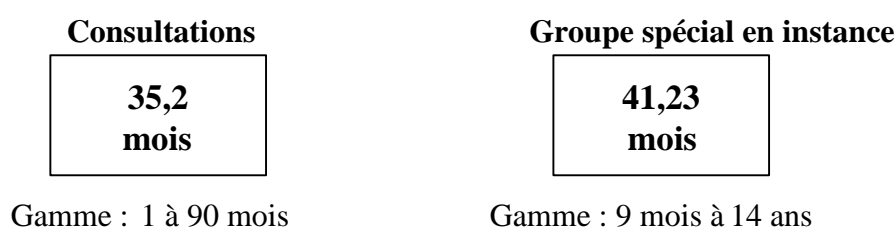
Les données laissent entrevoir que la décision d'un groupe spécial encourage le règlement de différends. Parmi les 12 différends pour lesquels un groupe spécial a présenté un rapport, le Secrétariat de l'ACI indique que huit ont été réglés, ce qui signifie que les « parties en litige ont convenu d'un règlement mutuel de la plainte à la satisfaction mutuelle des parties<sup>127</sup> ». Il est indiqué que quatre ont été confirmés par un groupe spécial, ce qui signifie que le groupe spécial du Chapitre dix-sept a tranché en faveur du Plaignant. Cela signifie également que la Partie plaignante n'a pas indiqué au Secrétariat si la question a été réglée après la présentation du rapport. Dans le cas d'au moins une affaire — *Québec - Mélanges de produits laitiers*<sup>128</sup>, un groupe spécial d'appel a confirmé les conclusions du groupe spécial initial le 26 janvier 2015, et au moment de la rédaction du présent rapport, le Québec n'aurait pas eu le temps de répondre à la décision par voie de modification législative.

<sup>126</sup> Voir le Secrétariat de l'ACI, *État des plaintes par chapitre* (2014), Construction Worker Mobility - Canada [ADAT] (février 2002) QC-ON, demande 1711(1).

<sup>127</sup> Secrétariat de l'ACI, *État des plaintes par chapitre* (2014).

<sup>128</sup> *Report of Article 1706.1 Appeal Panel Regarding the Dispute between Saskatchewan and Québec Concerning Dairy Blends, Dairy Analogues and Dairy Alternatives* (26 janvier 2015), <http://www.ait-aci.ca/en/dispute/AIT%20Final%20appeal%20decision%20jan%2026.pdf> [*Québec – Mélanges de produits laitiers*].

Le temps nécessaire au règlement d'un différend en vertu de l'ACI est considérable, car l'un des objectifs centraux de l'ACI est la résolution prompte des différends. En examinant 13 différends qui ont été réglés à l'étape des consultations<sup>129</sup>, la période de consultation varie d'un mois à 90 mois. La moyenne est 35,2 mois. Ce délai moyen augmente et passe à 41,23 mois lorsqu'on examine les 13 différends réglés après la constitution d'un groupe spécial. Cette moyenne est en partie augmentée par un conflit entre le Manitoba-CGAA et l'Ontario qui a duré 14 ans et 1 mois<sup>130</sup>. Le différend réglé le plus rapidement à l'étape du groupe spécial a duré neuf mois. Il est attendu que les différends réglés au stade du groupe spécial prennent plus longtemps que ceux réglés plus tôt durant les procédures de règlement de différends. Dans l'ensemble, toutefois, il semblerait que le règlement de différends prend beaucoup plus de temps que prévu, étant donné la structure de l'ACI.



**Figure 10. Délai moyen de règlement de différends à divers stades**

Enfin, nous considérons les modèles d'utilisation pour trois mécanismes de résolution de différends : entre gouvernements (« GG »), entre gouvernements au nom d'une Personne (« GG(P) »), entre une personne et un gouvernement (« PG »).

Les données indiquent que parmi tous les mécanismes procéduraux disponibles, les différends entre une personne et un gouvernement (PG), dont l'ensemble des quatre cas relevant de cette catégorie ont été résolus à l'étape du groupe spécial, sont les plus longs, c'est-à-dire en moyenne 73,5 mois. Même excluant le différend périphérique entre Manitoba-CGAA et l'Ontario, la moyenne associée aux trois différends restants est 41,7 mois, au second rang seulement après les différends entre gouvernements (GG) qui sont réglés à l'étape des consultations, soit à 43,1 mois (à partir d'un total de sept différends<sup>131</sup>). Bien que ces études de cas soient insuffisantes afin de tirer une conclusion définitive, les résultats indiquent que : (1) pour les personnes qui sont tenues de subir l'intégralité des procédures de règlement de différends, le système est long et inefficace; (2) la phase de consultation en cas de différend entre gouvernements est souvent prolongée, à moins qu'un groupe spécial soit constitué en raison de l'escalade du conflit, et ce, dans les délais prévus par Chapitre dix-sept.

<sup>129</sup> Les premiers deux différends soulevés en 1995 n'ont pas été inclus, car ils n'étaient pas inclus puisqu'ils ont été réglés dans le même temps qu'ils ont été soulevés.

<sup>130</sup> Secrétariat de l'ACI, *État des plaintes par chapitre* (2014), Public Accounting - CGA Association of MB (décembre 1999), ON, groupe spécial.

<sup>131</sup> Les différends les plus courts ont duré 1 mois et le plus long a duré 90 mois.

Lorsque les différends entre gouvernements sont passés au stade du groupe spécial et y sont réglés, les huit conflits ont pris 30,8 mois en moyenne, allant de 9 à 87 mois, ce qui réduit considérablement le délai de règlement de différends entre gouvernements d’au moins une année complète. Parallèlement, où une Partie a entamé le processus de consultation en cas de différends au nom d’une personne, le processus de règlement de différends était considérablement plus rapide, les sept différends ayant été réglés en moyenne en 22,4 mois<sup>132</sup>. Seulement deux différends entre gouvernements au nom d’une personne ont été réglés à l’étape du groupe spécial et ont pris 34 et 39 mois. (Voir la figure 7).

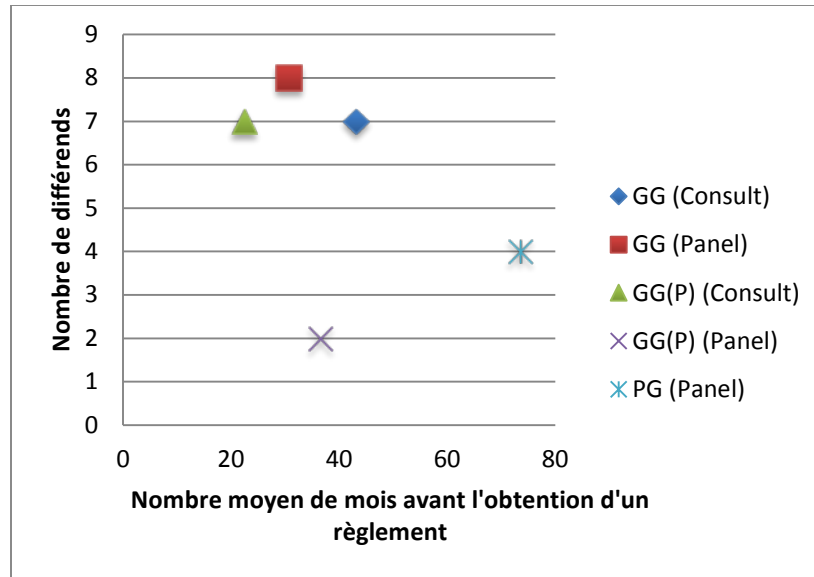


Figure 11. Type de différend par fréquence et durée

## 2.6. INCIDENCES DU STATUT JURIDIQUE ET MÉCANISMES D’OBSERVATION DE L’ACI

Le présent rapport évalue l’efficacité des dispositions de règlement de différends de l’ACI par le biais d’une analyse comparative des mécanismes procéduraux de règlement de différends de l’ACI par rapport aux mécanismes de règlement de différends prévus aux termes des accords économiques internationaux. Un examen approfondi des répercussions des dispositions d’observation (ou l’absence de celles-ci) au sein de l’ACI dépasse la portée du présent rapport.

Le statut juridique de l’Accord et le caractère exécutoire des décisions des groupes spéciaux, toutefois, ont des conséquences importantes sur l’efficacité éventuelle des mécanismes procéduraux de l’Accord. La présente section examine brièvement comment le statut juridique et les mécanismes conçus pour favoriser l’observation des engagements pris par une Partie peuvent avoir une incidence sur l’efficacité des mécanismes procéduraux de règlement de différends. La section 2.6.1 donne un aperçu du statut juridique et des dispositions d’observation prévues en vertu

<sup>132</sup> La durée des différends a varié de deux à 58 mois.

du Chapitre dix-sept et formule de brèves observations, dans une optique comparative, sur l'efficacité des sanctions à titre de mesures de rétorsion. Compte tenu des objectifs et des principes de l'Accord, la section 2.6.2 propose plusieurs exemples de la compromission potentielle du mécanisme de règlement de différends de l'ACI.

### **2.6.1. Statut juridique et dispositions d'observation**

L'ACI prévoit quatre mécanismes afin d'encourager l'observation des décisions du rapport d'un groupe spécial à titre de solution de rechange à l'application du mécanisme ayant force exécutoire.

Dans un premier temps, un groupe spécial a le pouvoir d'imposer différends dépens prévus au tarif contre les Parties. Il s'agit notamment de sanctions pécuniaires, de coûts opérationnels et de dépens prévus au tarif. Les Parties sont chargées d'assurer que ces ordonnances puissent être exécutées « de la même façon qu'une ordonnance contre le ministère public rendue par les tribunaux supérieurs de cette Partie » ou par le dépôt d'une lettre de crédit en cas de sanctions pécuniaires<sup>133</sup>. Les plus récentes modifications apportées dans le cadre du quatorzième protocole de modification ont institué les sanctions pécuniaires, les dépens prévus au tarif et les coûts supplémentaires qui peuvent être imposés en vertu d'un processus de règlement de différends entre une personne et un gouvernement.

Les obligations contenues dans l'Accord n'ont pas force exécutoire, mais les sanctions pécuniaires imposées par le groupe spécial ont cependant force de loi en vertu de la loi fédérale. En 2012, une disposition a été ajoutée à la loi fédérale de mise en œuvre, intitulée la *Loi de mise en œuvre de l'accord sur le commerce intérieur*, ce qui permet à un plaignant obtenant gain de cause de faire transformer une ordonnance de sanctions pécuniaires ou de dépens prévus au tarif rendue par un groupe spécial conformément au Chapitre dix-sept en arrêt de la cour fédérale<sup>134</sup>. Inversement, un tribunal ne peut faire observer les obligations contenues dans l'Accord, en cas de violation, y compris demander aux Parties d'éliminer la loi ou la réglementation source de violation ou de renverser la vapeur en ce sens. Les conclusions et les recommandations d'un groupe spécial sont exécutoires seulement dans la mesure où la partie à l'encontre de laquelle la décision est rendue prend des mesures afin de se conformer à la décision — à une exception près. L'incohérence qui en résulte rend exécutoire la sanction pour une infraction, mais pas la violation en tant que telle au titre de laquelle la sanction est imposée.

Dans un deuxième temps, en vertu de la Partie C, il est interdit à une Partie de participer aux procédures de résolution de différends en vertu de l'Accord, dans le cas où la Partie a omis de payer les sanctions pécuniaires ou les dépens prévus au tarif imposés contre elle par ordonnance ou si un groupe spécial de l'observation a déterminé qu'une Partie ne s'était pas conformée à l'Accord<sup>135</sup>. Il est interdit en outre aux personnes d'une Partie également d'engager elles-mêmes des consultations ou de participer à toutes les consultations ou les procédures en vertu de la Partie B ou lorsqu'une Partie ne s'est pas conformée aux décisions du rapport du groupe spécial ou à l'octroi de dépens.

---

<sup>133</sup> Article 1707.1, Article 1707.2.

<sup>134</sup> *Loi de mise en œuvre de l'accord sur le commerce intérieur*, LC 1996, c 17, <http://canlii.ca/t/693k4>, art. 8.

<sup>135</sup> Article 1727.

Dans un troisième temps, les rapports des groupes spéciaux détaillant les décisions sont rendus publics après 30 jours. Vraisemblablement, cette exigence ajoute un niveau d'examen du public et une pression si une Partie résiste à l'observation d'une décision, ce qui l'expose à une éventuelle pression politique.

Enfin, les mesures de rétorsion constituent un mécanisme de règlement de conflits auquel peuvent recourir les Parties plaignantes, mais il est difficile à utiliser en pratique et a fait l'objet de critiques. À la suite d'une discussion avec le Comité des ministres du commerce intérieur, la Partie plaignante est autorisée à interrompre les avantages, ce qui a pour conséquence d'imposer des mesures de rétorsion d'effet équivalent au destinataire de la plainte, si dans un délai d'un an suivant la date de présentation du rapport du groupe spécial, la Partie a omis d'harmoniser la mesure jugée incompatible avec l'Accord. À titre de mécanisme favorisant l'observation des décisions, les mesures de rétorsion sont à la seule disposition des Parties plaignantes. En tant que mécanisme pratique, les représailles ont été critiquées du fait qu'elles causent des préjudices négatifs tangibles à l'échelle nationale. Les mesures de rétorsion nuisent aux intérêts de la partie qui exerce des représailles en augmentant les coûts de consommateurs des produits et des services dont le commerce est restreint par voie de mesure de rétorsion. De façon plus importante, dans le contexte de l'ACI, les représailles constituent un outil de loin moins efficace qu'à l'échelle internationale et ne peuvent tout simplement pas être intégrées dans le contexte du fédéralisme canadien.

En vertu des accords GATT, les droits de douane entre les pays permettent en principe aux parties contractantes de retirer des concessions tarifaires contre un pays contrevenant particulier. En l'absence de la capacité d'adopter des tarifs douaniers explicites aux termes de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>136</sup>, les mesures répréhensibles en vertu de l'ACI sont susceptibles de se manifester dans les régimes législatifs généraux. Les mesures de rétorsion prises par une province exigeraient probablement la modification d'un régime législatif. De plus, il serait probablement impossible de distinguer et de punir les bénéficiaires de la province en contravention, et il en résulterait probablement des restrictions sur le commerce provenant de toutes les provinces, ce qui porterait préjudice aux consommateurs de la province qui prend des mesures de rétorsions<sup>137</sup>.

L'Accord contient également une clause privative excluant le droit des Parties au différend et des personnes de demander le contrôle judiciaire du rapport d'un groupe spécial ou d'un groupe spécial d'appel<sup>138</sup>. On pourrait faire valoir qu'un mécanisme d'appel interne pourrait assurer une protection suffisante contre toutes les interprétations déraisonnables de l'ACI et les erreurs de droit. Cependant, si une Partie ou une personne d'une Partie au différend est soumise à des procédures injustes, ou à une décision déraisonnable ou incorrecte prise par un groupe spécial de l'observation, elle n'aura aucun autre recours. Après qu'un groupe spécial présente son rapport, la

---

<sup>136</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », p. 179. (« Comme il est explicitement énoncé à l'article 1710(10), [désormais 1709(10)] même la rétorsion autorisée doit être constitutionnelle. Cette exigence limite en outre le type de mesure disponible, puisqu'ils ne constituent pas une interférence par rapport au commerce interprovincial, doit se conformer aux limites territoriales de la compétence provinciale, et ne doit également pas enfreindre les droits de mobilité garantis à l'article 6 de la Charte des droits et libertés. »)

<sup>137</sup> Voir Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », p. 179.

<sup>138</sup> Article 1728 (Restrictions quant aux contrôles judiciaires).

Partie doit modifier la mesure incompatible en fonction de la recommandation formulée par le groupe spécial dans son rapport. Un groupe spécial de l'observation examinera si la mesure modifiée continue d'enfreindre les engagements de la Partie en vertu de L'ACI. Alors que l'évaluation de la nouvelle mesure effectuée par le groupe spécial de l'observation ressemble à un nouveau processus, elle n'est pas accompagnée des mêmes mesures de sauvegarde procédurales — principalement, l'absence d'un mécanisme d'appel. Il est à nouveau interdit à la Partie ou à la personne plaignante de soulever cette même question avant que se soient écoulés trois ans.

### **2.6.2. Efficacité des mécanismes procéduraux prévus au Chapitre dix-sept**

Le fait que les engagements aux termes de l'Accord ne sont pas juridiquement contraignants ou exécutoires est susceptible d'entraver les mécanismes procéduraux conçus pour favoriser l'utilisation et, en conséquence, le développement du mécanisme de règlement de différends.

Un processus de consultation robuste, par exemple, qui est censé favoriser le règlement de conflits à l'amiable, conformément aux règles et aux principes de l'Accord, est sans doute moins efficace dans la réalisation de cette mission lorsque les deux parties savent que la Partie contrevenante ne sera pas tenue de se conformer à une solution qui ne correspond pas à ses intérêts. Ce contexte crée intrinsèquement un régime de négociation asymétrique dans lequel la Partie contrevenante occupe une position de pouvoir.

De plus, à l'exception de la justification de la plainte et la possibilité de tirer parti de l'avantage de l'élimination d'une barrière commerciale, les parties privées (c.-à-d. les personnes) sont moins tentées de recourir aux procédures de règlement de différends de l'ACI. S'agissant de la portée des obligations des Parties, même lorsque le mécanisme procédural de règlement de différends encourage un accord cohérent et uniforme, une partie privée a peu de chance d'être motivée à utiliser un mécanisme où l'incertitude règne en matière d'observation, même après avoir obtenu la justification. Il s'agit du cas particulièrement lorsqu'il n'existe aucune voie de recours contre les décisions d'un groupe spécial de l'observation.

Comme le démontre la jurisprudence en vertu du Chapitre dix-sept, les groupes spéciaux ont engagé d'importantes ressources afin de trancher un conflit initialement et à nouveau sur la même question ainsi que les mesures non conformes subséquentes, mais modifiées par les Parties<sup>139</sup>. Étant donné l'importance d'un groupe spécial de l'observation dans la facilitation d'un règlement définitif du conflit, les parties au différend ont besoin de l'assurance que la décision rendue par le groupe spécial de l'observation, qui peut incorrectement ou déraisonnablement déterminer si une partie a mis en conformité une mesure contestée avec ses engagements, fera l'objet d'un contrôle. Sans ce mécanisme, les protections d'ordre procédural des examens en appel dans le cadre de l'Accord n'engloberaient pas les mesures modifiées qui restent incompatibles avec les obligations

---

<sup>139</sup> Voir, par exemple, *Quebec - Dairy Blends, 2015* et *Quebec - Coloured Margarine, 2005*. Voir aussi : *Report of the Article 1716 Panel Concerning the Dispute Between the Certified General Accountants Association of Manitoba and Ontario Regarding the Public Accountancy Act (R.S.O., 1990, Chapter P-37) and Regulations* (5 octobre 2001), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/6\\_eng.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/6_eng.pdf) [Ontario - Public Accountancy, 2001] et le *Report of Article 1703 Panel Regarding the Dispute between Manitoba and Ontario Concerning Ontario's Notice of Measure with respect to Public Accountants* (13 janvier 2012), *Agreement on Internal Trade*, [http://www.ait-aci.ca/en/news/Feb\\_13\\_2012\\_Report\\_Final\\_En.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/news/Feb_13_2012_Report_Final_En.pdf) [Ontario - Public Accountants, 2012].

de la Partie, qui, à son tour, mine la confiance à l'égard de la fiabilité du mécanisme de règlement de différends à déterminer correctement les obligations de fond en vertu de l'ACI.

### 3. ANALYSE

La présente section évalue la cohérence et l'efficacité des dispositions particulières par rapport à leurs objectifs. Dans le contexte élargi de l'analyse comparative du mécanisme de règlement de différends de l'ACI traitée dans le présent rapport en fonction d'autres accords internationaux de commerce et d'investissement, une évaluation distincte du mécanisme de résolution de différends de l'ACI constate des faiblesses et des lacunes inhérentes potentielles entre les objectifs du Chapitre dix-sept, la structure du mécanisme de règlement de différends de l'ACI et les dispositions de fond prévues par l'Accord.

En 2001, le mécanisme de règlement de différends de l'ACI a été critiqué par les intervenants qui le considère « lent, compliqué, dispendieux et... non respecté par tous les gouvernements<sup>140</sup> ». Cette perception est inquiétante. Un mécanisme de règlement de différends devrait renforcer l'intégrité et la crédibilité des engagements de l'ACI, et non les éroder. En vue de favoriser le flux interprovincial d'échanges commerciaux, un mécanisme de résolution de conflits robuste devrait apporter une certitude accrue aux personnes affectées par les obligations de fond aux termes de l'ACI.

La position qui sous-tend l'analyse de la présente section veut que le double intérêt (contradictoire également dans une certaine mesure) de la libéralisation des échanges et de la souveraineté législative doive être mieux équilibré au sein d'un régime de règlement de différends de l'ACI au profit des consommateurs. La section 3.1 commence par un examen de la difficulté d'établir un juste équilibre entre les fondements diplomatiques qui résident au cœur du mécanisme de règlement de différends, un accord politique et le légalisme de l'arbitrage par un tiers. La sous-section 3.1.1 étudie en profondeur le légalisme en évolution du règlement de différends en vertu de l'Accord et tient compte des conséquences de l'absence de précédents sur l'interprétation et l'application cohérente et uniforme de l'Accord. La section 3.1.2 envisage les difficultés potentielles que peut poser le règlement de différends négocié au développement et à l'interprétation et à l'application des engagements de parties.

Les sections 3.2 et 3.3 envisagent l'incidence sur l'accessibilité de l'ACI, étant donné la complexité de la compétence d'un groupe spécial et l'ambiguïté concernant les rapports entre l'Accord et d'autres systèmes juridiques. La section 3.4 souligne les incohérences dans les droits de fond et procéduraux afférents aux procédures de règlement de différends entre gouvernements, lorsqu'une partie engage le processus de son propre chef, plutôt qu'au nom d'une personne. De même, la section 3.5 envisage les inégalités des droits procéduraux entre les processus de règlement de différends entre gouvernements et entre une personne et un gouvernement, y compris l'exigence relative à l'examen par un examinateur (3.5.1).

La section 3.6 se penche sur les rôles restreints exercés par les intervenants et les experts dans le cadre du processus de règlement de différends. La section 3.7 examine comment les accords de commerce interprovincial ultérieurs ont modifié les dispositions relatives au règlement de différends. Enfin, la section 3.8 traite des arguments soulevés par les groupes syndicaux et de la société civile provinciaux relativement aux répercussions négatives de l'abandon de l'interprétation et de l'application de l'Accord à l'arbitrage par un tiers.

---

<sup>140</sup> Robert Knox, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To*, p 3.

### 3.1. INFLUENCE CONCURRENTIELLE DES EXIGENCES CONSULTATIVES ET DÉCISIONNELLES

En 1995, Robert Howse a constaté :

Puisque l'ACI n'a pas force de loi et ne lie pas juridiquement les parties, ... la légitimité conférée à l'Accord par la pratique politique sera un déterminant important de son impact définitif sur la libéralisation du commerce interprovincial. Cela rehausse l'importance du règlement de différends; plus la qualité des décisions en cas de litige est élevée, *plus elles seront fondées sur une interprétation cohérente et uniforme de l'Accord*, plus il sera difficile politiquement pour un gouvernement de faire abstraction de son engagement à l'égard du commerce intérieur entièrement libre<sup>141</sup>.

L'ACI prévoit un cadre juridique qui oriente les engagements provinciaux en matière de libéralisation des échanges. Depuis son instauration, et avec chacun des protocoles de modification mis en œuvre, le mécanisme de règlement de différends est devenu de plus en plus légalisé<sup>142</sup>. Une composante importante de l'approche de règlement de différends est le coût exceptionnel de la résolution de différends par voie de consultations et de négociations informelles. Le règlement de différends par l'application d'une détermination juridique raisonnable fondé sur des règles demeure une solution d'importance secondaire.

L'évaluation initiale de Howse sur l'équilibre des intérêts dans le règlement de différends en vertu de l'ACI revêt une pertinence continue :

Les dispositions de l'Accord semblent remonter à des époques antérieures, où la mise en œuvre des obligations commerciales dépendait davantage des politiques de pouvoir entre les États et l'exercice de la diplomatie que sur la force d'une ordonnance juridique et un raisonnement juridique<sup>143</sup>.

L'expérience des règles régissant le règlement de différends dans le cadre d'autres accords commerciaux souligne l'importance des normes de conduite explicites par voie d'interprétation judiciaire cohérente de l'Accord<sup>144</sup>. Le maintien d'un consensus normatif entre les parties sur ce qui constitue « tricher » en vertu de l'Accord est au cœur de la mise en place d'un « équilibre

---

<sup>141</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », p. 171 (italique ajouté).

<sup>142</sup> Anna Maria Magnifico, « What has gone wrong on interprovincial trade » (novembre 2014) *Inside Policy* 21, <http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/201411InsidePolicywebready.pdf> à p. 23.

<sup>143</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », p. 193.

<sup>144</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », p. 194.

coopératif<sup>145</sup> » nécessaire à l'avancement du double principe de la protection de l'atteinte d'un objectif légitime et de la réduction des barrières à la libéralisation des échanges.

Cependant, la capacité tant des Parties que des intervenants à définir et à cerner clairement les violations de l'Accord en conséquence d'une interprétation et d'une application juridique cohérente des règles de l'ACI. Cela constitue un poids supplémentaire, dans une certaine mesure, par l'accord conclu dans l'ACI qui tente d'équilibrer les intérêts de la souveraineté législative provinciale et de la libéralisation des échanges. L'accent mis sur la consultation exhaustive en concomitance avec l'arbitrage d'un groupe spécial non exécutoire est susceptible de saper l'établissement d'un consensus normatif clair sur l'application et la mise en œuvre des obligations contenues dans l'Accord — « le recours persiste à des compromis diplomatiques afin de régler des différends commerciaux entravera la création du type de normes et de principes interprétatifs qui permettent aux gouvernements et aux personnes de s'appuyer sur l'Accord avec toute confiance<sup>146</sup> ».

### **3.1.1. L'incidence de l'absence de précédents sur la cohérence du règlement de différends**

Le principe de *stare decisis* en common law (« respect des décisions des tribunaux supérieurs »), ou la doctrine du précédent n'est pas appliquée dans la prise de décision du groupe spécial de l'ACI. Une interprétation harmonieuse et cohérente de l'accord est considérablement minée puisque les groupes spéciaux ne sont pas liés par les décisions des groupes spéciaux antérieurs<sup>147</sup>. En common law, le principe de *stare decisis* décrit comment la loi s'appuie sur le précédent au sein de son régime d'interprétation juridique :

Le précédent économise l'information et minimise les conclusions particulières. Le précédent sert donc à des fins diverses : il favorise la stabilité et la cohérence de la loi, ce qui la rend plus prévisible; il assure l'équité de la prise de décision; il promeut l'efficacité et élimine les sources d'erreur, notamment la partialité judiciaire; et il remplit un rôle symbolique en reconnaissant la relation entre les tribunaux et l'Assemblée législative. Il s'agit donc d'une valeur indépendante ajoutée<sup>148</sup>.

Contrairement au précédent en common law, qui est structuré par voie hiérarchique du système judiciaire national, le système de groupes spéciaux ponctuels de l'ACI souffre de l'absence d'une structure hiérarchique définie. Alors que ce n'est pas en soi crucial à la cohérence de l'interprétation de l'Accord, il engendre l'incertitude qui impose des coûts intangibles sur les décideurs désireux de se fier aux engagements et aux obligations de la Partie inscrits dans l'Accord.

---

<sup>145</sup> Michael Trebilcock, Marsha Chandler & Robert Howse, *Trade and Transitions* (New York: Routledge, 1990), Conclusion.

<sup>146</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade ».

<sup>147</sup> *Québec – Mélanges de produits laitiers*, 2015, p. 12.

<sup>148</sup> Neil Craik et Craig Forcese, rédaction, *Public Law: Cases, Commentary and Material*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Emond Montgomery, 2011), p. 55.

D'après les articles 1706 et 1719, le rapport d'un groupe spécial repose sur les observations des participants au différend et « sur toute autre preuve reçue au cours des procédures. » Par conséquent, les groupes spéciaux ont trouvé convaincantes, sinon déterminantes, dans leur raisonnement les décisions rendues par d'autres groupes spéciaux :

L'absence du principe *stare decisis* [respect des décisions des tribunaux supérieurs] dans le règlement de différends en vertu de l'ACI ne signifie toutefois pas que les groupes spéciaux ne devraient pas examiner les mêmes questions traitées par d'autres groupes spéciaux. Il y a une valeur considérable à assurer la cohérence de la jurisprudence car elle contribue à une meilleure compréhension commune de l'ACI. En outre, comme l'a constaté l'Alberta, une conclusion par ce groupe spécial que la lettre du 1<sup>er</sup> octobre 1997 n'a aucun effet juridique pourrait soulever des questions sur la validité des trois rapports où les groupes spéciaux sont intervenus en fonction de la lettre qui, bien qu'en retard, était toujours en vigueur.

Alors que les procédures de règlement de différends prévoient un appel, les groupes spéciaux d'appel sont également ponctuels. À ce jour, un seul groupe spécial d'appel a été constitué en vertu de l'article 1706.1<sup>149</sup>. Par conséquent, il reste à voir si les interprétations juridiques des groupes spéciaux seront *de facto*, sinon *de jure*, contraignantes pour les groupes spéciaux de première instance.

### 3.1.2. L'exigence de mener des consultations

Le processus de consultation en vertu de l'ACI s'écarte d'un système de règlement de différends qui encourage l'interprétation et l'application cohérentes des obligations. On sent une réticence compréhensible enracinée de s'engager pleinement à établir des mécanismes juridiques contraignants et exécutoires aux fins de l'interprétation et de l'application de l'Accord. Comme l'explique Lee, « les provincialistes adoptent la position que des mesures conçues pour profiter aux consommateurs locaux ne devraient être assujetties à aucune limite qui, tout en augmentant potentiellement le bien-être économique général du Canada, se solderait presque certainement par des pertes nettes subies par les résidents locaux<sup>150</sup>.

Les provinces sont les mieux placées pour répondre efficacement aux besoins locaux. En revanche, l'idée que les provinces peuvent et devraient être libres de rectifier des déséquilibres économiques par voie de mesures de restriction au commerce est contraire à l'esprit et à l'objet de l'ACI.

Une analyse comparative des dispositions de règlement de différends dans les accords économiques internationaux à la section 4 ci-après montrera qu'il existe des mécanismes de rechange et comparables qui assurent des mécanismes de contrôle et de contrepoids contre les inquiétudes que les provinces renoncent à leur capacité à légiférer dans l'intérêt public sans miner le rôle du système de règlement de différends en renforçant les obligations prévues par l'ACI.

---

<sup>149</sup> *Report of Article 1706.1 Appeal Panel Regarding the Dispute between Saskatchewan and Québec Concerning Dairy Blends, Dairy Analogues and Dairy Alternatives.*

<sup>150</sup> Marc Lee, « In Search of a Problem: The Future of the Agreement on Internal Trade and Canadian Federalism » (2002) 2 *Asper Rev Int'l Bus & Trade L* 225, pp. 225 et 226.

Le processus de consultation, tel qu'il est actuellement structuré, pourrait miner l'intégrité de l'Accord en soi. Les négociations entre les parties qui sont effectuées « à l'ombre de la loi<sup>151</sup> » notamment la disponibilité d'un *arbitrage contraignant et indépendant par tiers* devrait engendrer des règlements compatibles avec une interprétation raisonnable des règles de l'Accord.

Certaines caractéristiques du processus de consultation le soumettent à la fois à la manipulation et aux compromis en matière de normes et de principes de l'Accord. La confidentialité du processus de consultation, qui devrait encourager à rechercher un compromis sans porter préjudice au processus d'arbitrage, expose le processus de négociation à la complaisance et à des exceptions de contrepartie par les parties, ce qui pourrait diluer les engagements des Parties en vertu de l'Accord.

Un certain nombre d'intervenants ont exprimé le point de vue qu'une transparence accrue durant le processus de consultation les rassurerait que leurs inquiétudes et leurs positions sont prises en compte dans les négociations. En outre, les intervenants estimaient qu'une transparence supplémentaire accorderait une crédibilité à l'étape des consultations en offrant aux intervenants une meilleure compréhension du règlement définitif du différend<sup>152</sup>.

Lorsqu'une Partie entame des procédures de règlement de différends de son propre chef ou au nom d'une personne, il n'existe aucun mécanisme formel garantissant la représentation des intérêts des autres intervenants, notamment les personnes d'une Partie ou les groupes de la société civile. Il peut arriver que les intérêts de la Partie à la négociation — en l'occurrence, la Province — soient incompatibles avec ceux de la personne qui a soulevé la plainte et qui cherche à mettre en conformité la mesure d'une autre Province avec les engagements de l'Accord. Si les Parties à la négociation règlent le différend en négociant, cela met un terme au processus de règlement de différends; que le règlement soit ou non à la satisfaction de la personne qui a engagé des procédures de règlement de différend ou aligné sur l'esprit de l'Accord. Il est par la suite interdit à la personne d'une Partie d'intenter d'une nouvelle action en vertu du processus de règlement de différends pendant trois ans<sup>153</sup>.

L'exclusion des personnes des négociations, qui impliquent souvent des questions pertinentes et très techniques, peut donner lieu à des consultations inefficaces ou prolongées. L'expérience de l'Association des comptables généraux accrédités du Manitoba, qui a tenté de régler des obstacles techniques auxquels étaient confrontés leurs membres pratiquant en Ontario illustre les difficultés rencontrées par une partie privée désireuse de régler un différend par l'entremise d'une Partie à l'Accord. Après avoir reçu une demande d'engager des consultations en décembre 1999, le Manitoba a reporté l'examen de la question pendant presque un an et a tenu une seule réunion avec ses homologues ontariens durant cette période<sup>154</sup>. Même si la province était initialement d'accord avec la plainte déposée par CGA-Manitoba, le Manitoba a refusé d'aller de l'avant avec le

---

<sup>151</sup> Le concept de « négociation à l'ombre de la loi », là où la loi prévoit « un cadre dans lequel les [parties] peuvent déterminer leurs ... droits et responsabilités » a initialement été articulé dans Robert N Mnookin et Lewis Kornhauser, « Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce » (1979) 88 Yale L. J. 950.

<sup>152</sup> Entrevue du CDIP auprès des intervenants.

<sup>153</sup> Article 1713(7) a).

<sup>154</sup> Robert Knox, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To*.

différend, adoptant la position qu'étant donné la nature technique de la question, elle serait de préférence abordée directement avec l'Ontario par les associations provinciales de CGA. L'Association des comptables généraux accrédités du Canada (ACGAC), cependant, a précédemment tenté de négocier directement avec l'Ontario à ce même sujet. Dans son rapport de 2001, l'ACGAC a constaté que : « l'Ontario a refusé d'engager des consultations avec CGA-Canada car l'Accord exige seulement du gouvernement qu'il consulte d'autres gouvernements et il n'y a aucune obligation des consulter des parties privées<sup>155</sup>. »

Un intervenant consulté par le CDIP a expliqué que malgré son intérêt direct pour les consultations en cours entre les Provinces, il a été exclu des consultations et n'a pu directement participer. Le point le plus préoccupant est que ce même intervenant se rappelle qu'à l'occasion la période de consultation était terminée avant même qu'il n'ait pris connaissance que celle-ci était en cours<sup>156</sup>.

La récente modification introduite aux termes du quatorzième protocole de modification présente une évolution positive puisque les personnes d'une Partie peuvent désormais engager des consultations directes avec une Partie, une fois qu'un examinateur a approuvé leur demande<sup>157</sup>. Pour une personne d'une Partie, toutefois, engager des procédures en vertu du mécanisme de règlement de différends entre une personne et un gouvernement, cependant, demeure une activité nécessitant d'importantes ressources, ce qui favorise les grandes entreprises privées, notamment les sociétés ou les organisations professionnelles qui ont les moyens financiers de porter plainte. Le processus est moins accessible aux personnes confrontées à des obstacles au commerce ou à la mobilité<sup>158</sup>.

Le processus de consultation aux termes du Chapitre dix-sept manque de structure. En 2004, le sous-ministre du Nouveau-Brunswick responsable de la Formation et de l'Emploi a refusé d'engager des consultations au nom de l'Association des comptables généraux accrédités du Nouveau-Brunswick, expliquant que « le gouvernement du Nouveau-Brunswick n'engagerait pas de consultations, car elles ne seraient pas « rapides » d'après l'expérience précédente du Manitoba dans sa tentative de règlement d'un problème de mobilité semblable des experts-comptables avec l'Ontario<sup>159</sup>. »

L'AGCAC a soutenu que le processus de consultation est défectueux, puisqu'il « n'existe aucun jalon, échéancier ou autres éléments structurels qui caractérisent les processus de consultation; et il n'y a aucune surveillance par un tiers, ni d'engagement afin d'aider les parties à régler un

---

<sup>155</sup> Robert Knox, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To*, p. 13. Il est également préoccupant est le fait que l'Ontario a introduit la Loi sur les comptes publics de remplacement en 2004 qui maintient essentiellement la barrière à la mobilité des comptables par des voies différentes. Manitoba a enregistré son examen du différend tel que réglé seulement en 2014, après que l'Ontario a perdu à nouveau en 2012 lors de la décision du groupe spécial et a finalement mis ses mesures en conformité avec l'Accord.

<sup>156</sup> Entrevues du CDIP auprès des intervenants.

<sup>157</sup> Article 1715.

<sup>158</sup> Anna Maria Magnifico, « What has gone wrong on interprovincial trade ».

<sup>159</sup> *Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by the Certified General Accountants Association of New Brunswick to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Québec* (21 octobre 2004) *Accord sur le commerce intérieur*, Internet : Secrétariat de l'ACI <[http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09\\_2005/Screener%20Decision%20CGA-NB%20english.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09_2005/Screener%20Decision%20CGA-NB%20english.pdf)> [SR - CGAANB].

différend par voie de médiation ou par un autre moyen en vue de veiller à la productivité et à l'efficacité du processus de consultation<sup>160</sup>. » En particulier, les consultations devraient être structurées afin « (1) d'établir des échéanciers avec les parties au différend; (2) de veiller au respect des délais impartis; (3) de présider les réunions de consultation; et (4) formuler des recommandations en vue de la résolution de différends et de la clôture ou la poursuite des consultations<sup>161</sup>. »

Certains intervenants estiment que l'exigence minimale de 120 jours de consultations est susceptible d'être interprétée de manière abusive à titre de tactique dilatoire. D'après leur expérience, les consultations n'avaient souvent pas lieu. Les intervenants soutiennent que la consultation bénéficierait énormément d'un arbitre ou d'un facilitateur afin de structurer et de faire avancer le processus<sup>162</sup>. Une certaine forme de structure pourrait également exercer un rôle bénéfique dans l'intégration et la coordination efficace de la participation des intervenants et des consultations avec ces derniers durant les consultations menées en cas de différends entre deux gouvernements; l'un des intervenants évoque un dédale de communications entre les ministères provinciaux avant d'avoir pu formuler des commentaires sur la négociation.

Le quatorzième protocole de modification a introduit seulement des réformes mineures — une limite de temps de trois ans pour le passage d'un différend de l'étape de consultation à un groupe spécial<sup>163</sup>. En comparaison, dans le cadre des consultations d'un processus de différend mettant en cause une personne d'un gouvernement en vertu de la Partie B, une partie au différend a seulement 60 jours pour demander la constitution d'un groupe spécial<sup>164</sup>. Alors que les négociations à l'échelle gouvernementale sont par nature plus complexes et présentent des logistiques plus difficiles, on voit mal pourquoi les Parties, en particulier lorsqu'elles feraient avancer un différend au nom d'une personne reçoivent un délai considérablement plus long que les personnes visées par le mécanisme de règlement de différend entre une personne et un gouvernement (36 mois par rapport à 2 mois).

### **3.2. COMPÉTENCE D'UN GROUPE SPÉCIAL SUR LES DIFFÉRENDS DÉCOULANT DE L'ACCORD**

Comme l'évoquent les sections 2.3.1 et 2.3.2 ci-dessus, la compétence de fond et procédurale d'un groupe spécial de règlement de différends constitué en vertu de l'Accord varie d'un secteur à l'autre, et entre les secteurs, lorsqu'une question peut relever de plusieurs chapitres sectoriels. Les définitions divergentes des « objectifs légitimes » d'un chapitre sectoriel à l'autre encadrent les exceptions aux engagements stipulés par l'ACI et le champ d'application de l'autonomie législative à adopter des mesures d'intérêt public.

---

<sup>160</sup> Association des comptables généraux accrédités du Canada, *Making Trade Dispute Resolution in Canada Work: Certified General Accountants' Experience with Canada's Agreement on Internal Trade* (Vancouver: CGA-Canada, 2006), pp.11 et 12, [http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca\\_rep\\_2006-05\\_ait.pdf](http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca_rep_2006-05_ait.pdf).

<sup>161</sup> Association des comptables généraux accrédités du Canada, *Making Trade Dispute Resolution in Canada Work: Certified General Accountants' Experience with Canada's Agreement on Internal Trade*, p. 12.

<sup>162</sup> Entrevues du CDIP auprès des intervenants.

<sup>163</sup> Article 1703(2).

<sup>164</sup> Article 1716(1).

Les chapitres sectoriels modifient de manière incohérente la mesure dans laquelle les obligations s'appliquent aux différents ordres de gouvernement. Cela mène à une application incohérente des engagements de l'ACI aux organes quasi-gouvernementaux ou les gouvernements régionaux et municipaux. Par ailleurs, en l'absence d'un principe d'attribution cohérent des obligations des Parties, il est difficile de déterminer si une entité ou la mesure d'une entité relève des engagements pris en vertu de l'Accord.

Les nuances relatives à la compétence d'un secteur à l'autre mènent à une procédure de règlement de différends qui est moins accessible aux intervenants. Lorsque le processus de règlement de différends est rendu plus formaliste, il devient complexe et lourd. La valeur ajoutée des variations nuancées de la compétence de fond et procédurale à l'échelle des secteurs demeure obscure, en particulier dans le contexte élargi de s'assurer que le système de règlement de différends favorise effectivement l'adhésion d'une Partie aux engagements de l'ACI.

Les formulations dans l'ACI interdisent uniquement aux parties de maintenir une mesure « qui restreint ou empêche la circulation entre les provinces, des personnes, des produits, des services ou des investissements<sup>165</sup>. » Il n'est pas clair si cette formulation exige des parties qu'elles maintiennent les mesures qui rendent indirectement les échanges, le commerce et la mobilité plus difficiles. Un groupe spécial de règlement de différends a depuis statué que « les obstacles au commerce intérieur<sup>166</sup> » couvrent les restrictions directes ainsi que les *entraves* au commerce<sup>167</sup>. Des éclaircissements sur cette question sont essentiels à la définition efficace du champ d'application du Chapitre 17.

En outre, même si le mécanisme de règlement de différends de l'ACI s'applique aux mesures qui entravent et restreignent le commerce, son application est limitée aux questions qui correspondent à l'un des chapitres sectoriels de la Partie IV de l'Accord. Comme l'a soutenu Knox : « le fait que l'application de l'ACI est limitée à ce qui est spécifiquement couvert et limité en outre par des exceptions qui ne suscitent pas la clarté et la certitude nécessaires à l'ouverture et à la prévisibilité d'un marché national<sup>168</sup>. »

Durant les consultations du CDIP, un intervenant a noté que bien que de nombreuses questions auxquelles était confronté leur organisme relativement aux barrières au commerce intérieur relèvent pratiquement du Chapitre sept, l'exigence que le différend corresponde à l'un des chapitres de la Partie IV a donné la perception que l'Accord était d'une certaine manière incomplet<sup>169</sup>.

Bien que cela crée une rupture par rapport à l'approche sous-jacente de la libéralisation des échanges, adoptant une méthode de liste négative, semblable à celle adoptée en vertu de l'Entente sur le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre (TILMA), il s'agirait d'un

---

<sup>165</sup> Article 402.

<sup>166</sup> Article 403

<sup>167</sup> *Québec – Margarine colorée*, 2005, p. 26.

<sup>168</sup> Robert Knox and Amela Karabegović, *Studies in Trade Policy: Myths and Realities of TILMA* (février 2009), <https://www.fraserinstitute.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=3333> à p. 16.

<sup>169</sup> Entrevue du CDIP auprès d'intervenants.

prolongement naturel vers l'application uniforme du Chapitre dix-sept aux chapitres sectoriels. Les préoccupations soulevées par les parties sur l'élargissement des règles de libéralisation des échanges prévus par l'Accord à des domaines qui n'ont pas encore fait l'objet de négociations indiquent le désir des parties à réserver le droit de maintenir des mesures restrictives des échanges dans des domaines imprévus de l'économie. Bien que ce soit compréhensible, cela démontre le degré de méfiance à l'égard de la capacité du mécanisme de règlement de différends à déterminer quelle loi dotée d'un « objectif légitime » est entièrement admissible en vertu de l'Accord. Le maintien des stades de consultation et de négociation ainsi que la mise en œuvre concomitante des mesures qui facilitent l'interprétation uniforme et cohérente de l'Accord par les groupes spéciaux (qui sont déjà nommés par les parties) favoriseraient l'établissement d'un équilibre plus approprié des intérêts et des principes contenus dans l'ACI.

### 3.3. LES RAPPORTS DE L'ACI AVEC LES SYSTÈMES JURIDIQUES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX

Des éclaircissements supplémentaires sont nécessaires quant à la relation entre l'Accord et les principes nationaux d'interprétation juridique; tout particulièrement, l'influence adéquate et appropriée d'autres régimes juridiques et de normes interprétatives sur l'interprétation rendue par un groupe spécial. L'article 1706.1 confère au groupe spécial un vaste pouvoir interprétatif puisque le rapport du groupe spécial peut reposer « sur toute autre preuve reçue au cours des procédures ». Cependant, la mesure dans laquelle les groupes spéciaux peuvent examiner les sources externes au texte de l'Accord est ambiguë, voire douteuse.

Dans l'affaire *Québec – Margarine colorée*<sup>170</sup> le groupe spécial a indiqué :

Le Québec a présenté des observations voulant que le groupe spécial soit orienté par les règles d'interprétation habituellement utilisées afin d'interpréter les accords de commerce international dont bon nombre de dispositions de l'ACI sont issues. D'autres groupes spéciaux constitués en vertu de l'ACI ont renvoyé à de telles règles et aux décisions des groupes spéciaux de l'OMC et l'organe d'appel. Le groupe spécial doit en faire autant<sup>171</sup>.

Malgré cela, aucun autre rapport de groupe spécial ne prend appui sur des interprétations d'un groupe spécial de l'OMC ou les décisions d'un organe d'appel et n'y renvoie pas. Le groupe spécial du cas *Québec - Margarine colorée* a finalement intégré des interprétations juridiques établies par l'OMC directement dans le raisonnement de son rapport<sup>172</sup>.

Dans *Québec – Mélanges de produits laitiers*, le Québec a soutenu que l'article 2(5) de l'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce — qui stipule qu'une mesure compatible avec une norme internationale sera présumée ne pas créer un obstacle au commerce international — est analogue à l'annexe 405.1 concernant l'harmonisation des normes et, en particulier, le paragraphe 17, qui précise : « s'il y a lieu et dans la mesure où cela est possible en pratique, chaque Partie fonde ses normes sur les normes nationales, les normes nationales de facto

<sup>170</sup> *Québec - Margarine colorée*, 2005.

<sup>171</sup> *Québec - Margarine colorée*, 2005, p. 14.

<sup>172</sup> *Québec - Margarine colorée*, 2005, p. 28.

ou les *normes internationales* pertinentes. » Par conséquent, le Québec a présenté des observations selon lesquelles un prétendu obstacle au commerce intérieur est une mesure compatible avec une norme internationale, la mesure doit être réputée conforme à l'ACI. Le groupe spécial, en revanche, a conclu que « l'observation ou l'harmonie avec une norme nationale ou internationale peut être utilisée comme fondement probant afin d'assurer l'harmonisation avec les dispositions de l'ACI, mais n'équivaut pas automatiquement à ladite harmonisation<sup>173</sup>. » En appel, le groupe spécial d'appel a considéré que la détermination du groupe spécial de la première instance sur « le rapport entre la jurisprudence de l'OMC et l'ACI<sup>174</sup> » justifie une certaine retenue, étant donné le domaine d'expertise du groupe spécial.

En ce qui concerne l'influence et l'application des normes d'interprétation nationales, on pourrait faire valoir que l'exigence de composition des membres de groupes spéciaux d'appel qui ont une expertise en droit administratif canadien, peut en conclure que la jurisprudence du droit administratif devrait influencer le raisonnement et l'interprétation du groupe spécial. En effet, le groupe spécial d'appel *Quebec-Dairy Blends* a examiné les décisions de droit administratif en déterminant la norme de contrôle de la décision du groupe spécial de première instance.

Appréciablement, toutefois, le groupe spécial d'appel a remarqué qu'à la différence de la jurisprudence du droit administratif qui comporte un examen par les organes décisionnels d'appel créés aux termes de la loi, l'ACI « n'est pas une loi mais un accord et ses procédures de règlement de différends ressemblent à certains égards à un processus de négociation et d'arbitrage codifié<sup>175</sup> ». Par conséquent, la norme du contrôle « doit être issue de la loi (dans notre cas, l'Accord) ce qui crée deux tribunaux et d'autres facteurs pertinents; non dans la jurisprudence gouvernant les rapports entre les tribunaux administratifs et autres dans le contexte d'un contrôle judiciaire<sup>176</sup>. »

Le groupe spécial d'appel a laissé entendre qu'en matière d'interprétation contractuelle, le groupe spécial doit d'abord se fier sur les définitions ordinaires des termes employés dans leur contexte. Si la formulation d'un contrat écrit est claire et sans ambiguïtés, aucune preuve orale ne peut être autorisée à modifier, varier ou interpréter les termes employés de quelque manière que ce soit. Sans s'attacher aux nuances de l'interprétation contractuelle et à la difficulté de surmonter la règle de la preuve orale, le point de vue du groupe spécial d'appel souligne le défi d'interprétation unique posé par la nature de l'ACI, en particulier l'influence des normes juridiques élaborées par voie de l'interprétation des accords de commerce international et des régimes juridiques nationaux<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> *Québec – Mélanges de produits laitiers*, 2015 au par. 22.

<sup>174</sup> *Québec – Mélanges de produits laitiers*, 2015 au par. 22.

<sup>175</sup> *Québec – Mélanges de produits laitiers*, 2015 au par. 57.

<sup>176</sup> *Québec – Mélanges de produits laitiers*, 2015 au par. 73. Le groupe spécial a conclu que l'accord accord le pouvoir de contrôler les décisions rendues par un groupe spécial en cas d'omission de respecter les règles de justice naturelle. Il s'agit d'une affaire de droit administratif canadien dans laquelle le groupe spécial d'appel possède une expertise supérieure à celle du groupe spécial (au par. 78).

<sup>177</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 juin 1969, 1155 UNTS 331, UN Doc. A/Conf.39/27, [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01p.pdf). Par contraste, les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* prévoit une structure hiérarchique claire des sources interprétatives vers lesquelles un organe décisionnel peut se tourner afin d'établir la signification du texte d'un traité.

Il peut être soutenu que la relation de l'ACI avec les principes d'interprétation juridique externes, d'envergure nationale ou internationale, peut être déduite d'après la structure interne du mécanisme de règlement de différends de l'ACI et ses fondements historiques. Cependant, une telle ambiguïté interprétative nuirait à l'interprétation contractuelle des obligations de l'ACI. À l'échelle internationale, il existe une hiérarchie de sources aux fins de l'interprétation des contrats d'arbitrage commercial. En conséquence du positionnement unique de l'ACI au carrefour des régimes de commerce national et international et du droit public et privé, une structure d'interprétation plus explicite, précisant le rôle interprétatif des normes et des principes de régimes juridiques externes, accroîtrait la prévisibilité de l'Accord.

### **3.4. RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS PAR UNE PARTIE AU NOM D'UNE PERSONNE**

Deux préoccupations découlent du mécanisme procédural exigeant qu'une personne demande à une Partie d'engager des procédures de règlement de différends en son nom. En premier lieu, l'Accord met un accent particulier sur la priorité des Parties dans le règlement de différends. Parallèlement, les personnes sont souvent mieux placées pour définir directement l'incidence négative des mesures d'une autre Partie qui restreignent le commerce. On pourrait soutenir que l'exigence selon laquelle une Partie a la possibilité d'engager des procédures au nom d'une personne existe en vue de promouvoir l'efficacité de l'Accord. Cela promeut également le règlement de différends qui touchent des particuliers, qui n'auraient autrement sans doute pas les moyens financiers de soulever un différend<sup>178</sup>. Alors qu'il s'agit d'une augmentation potentielle de l'accessibilité du mécanisme de règlement de différends en vertu de l'ACI, il n'existe aucun critère clair, uniforme et transparent à la disposition des Parties afin d'évaluer s'il y a lieu d'engager des procédures pour le compte d'une personne.

En 2011, par exemple, le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale du Québec a refusé d'engager des procédures associées aux normes de certification divergentes concernant les opérateurs de grue au Québec et en Ontario, une affaire dans laquelle le groupe spécial a rendu une décision en faveur de la personne. La justification du Ministre était qu'« à la suite des discussions menées en la matière avec les autorités ontariennes, il était impossible d'obtenir la certification d'opérateur de grues à tour en Ontario par des moyens autres que de se soumettre à l'examen pratique des compétences<sup>179</sup> ».

En second lieu, afin qu'une Partie engage des procédures de règlement de différends pour le compte d'une personne, la Partie doit avoir un « lien direct et substantiel » avec la personne. Aux termes de l'article 1703(5), où une Partie ne peut établir l'existence d'un tel « lien direct et substantiel » avec la personne au nom de laquelle la Partie cherche à constituer un groupe spécial, « celui-ci rejette sans délai la plainte pour cause d'absence d'intérêt pour agir<sup>180</sup> ». Un lien direct et substantiel peut seulement être établi si les conséquences du préjudice économique ou le refus

---

<sup>178</sup> Réponse au questionnaire du CDIP destiné aux intervenants.

<sup>179</sup> *Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by Mr. X of Québec to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Ontario* (15 février 2011), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane_en.pdf) [SR - Mr. X of Québec].

<sup>180</sup> Art. 1703(5).

d'avantages que la personne a subis sont éprouvées dans la province de la Partie initiatrice de la demande. Howse a fait valoir que cette exigence prête à confusion, puisqu'elle « semble confondre l'idée d'un lien entre la province et la personne lésée et la notion de la province et l'emplacement du préjudice en soi<sup>181</sup>. »

L'exigence que la Partie ait un « lien substantiel et direct » afin d'engager des procédures est détachée de la réalité économique du commerce interprovincial. Les différends engagés en vertu du Chapitre sept (Mobilité de la main-d'œuvre) illustrent la difficulté de localiser un préjudice dans une Province lorsqu'une mesure restreint indûment la mobilité d'une personne dans la Province A désireuse de travailler dans la Province B. Comme le fait remarquer Howse, certains intérêts, en particulier la mobilité, se rapporte à l'individu en question. L'exigence voulant qu'un préjudice économique ou un refus des avantages soit subi dans la province, lorsqu'une personne est déjà associée à la Province du fait d'être résidente ou de faire affaires dans la province, est indûment restrictive et détachée de la réalité économique du commerce interprovincial. Il est également peu probable qu'une Province engage des procédures de règlement de différends pour le compte d'une personne dont les intérêts ne sont pas affectés dans les limites de ses frontières.

L'exigence liée à un « lien substantiel et direct » ajoute un obstacle supplémentaire pour les personnes désireuses d'accéder au mécanisme de règlement de différends de l'ACI, puisqu'en vertu du processus de règlement de différends entre gouvernements, une Partie peut engager des procédures de règlement de différends en cas de *toute violation* des engagements de l'Accord, sans égard aux effets éprouvés dans les limites des frontières de la Partie initiatrice. De plus, en vertu du processus de règlement de différends entre gouvernements, une Partie doit expliquer « les effets nuisibles qu'a *ou qu'aurait* la mesure sur le commerce intérieur » et « le préjudice qui est ou pourrait être causé par la mesure *ou le projet de mesure* ou les avantages qui sont refusés ou pourraient l'être par suite de son application<sup>182</sup>. »

L'exigence associée au « lien substantiel et direct » crée une échappatoire procédurale pour les personnes cherchant à soulever un différend par le biais du système de règlement de différends qui peut leur refuser le recours même à ce mécanisme. Une personne peut engager directement des procédures seulement lorsqu'une Partie avec laquelle elle a « un lien substantiel et direct » a rejeté sa demande. Lorsqu'une Partie engage des procédures, mais se voit refuser la qualité d'agir en raison de l'absence d'un « lien véritable et substantiel », la personne n'a pas techniquement été rejetée. Dans ce contexte, « la personne ne possède aucun droit en vertu de l'Accord afin de demander à un examinateur la permission d'intervenir aux procédures au nom de la personne<sup>183</sup> ». À ce jour, les intervenants qui ont été interrogés n'ont pas rencontré ce problème<sup>184</sup>.

Les intervenants interrogés ont exprimé la nécessité d'entreprendre une réforme relativement à cet aspect du mécanisme de règlement de différends de l'ACI. Ils considèrent l'exigence selon laquelle

---

<sup>181</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », p. 182

<sup>182</sup> Article 1703(3) (italique ajouté).

<sup>183</sup> Robert Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », p. 185.

<sup>184</sup> Entrevues du CDIP auprès des intervenants.

les personnes privées doivent d'abord demander à leur Province d'engager des procédures en leur nom comme une barrière inefficace au règlement de différends, qui ajoute à la complexité, le délai de résolution et accroît la probabilité qu'une question devienne politisée. Au moins un intervenant a cité le besoin des personnes privées d'accéder directement au mécanisme de règlement de différends<sup>185</sup>.

### **3.5. RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS ENTRE UNE PERSONNE ET UN GOUVERNEMENT**

Le système de règlement de différends est conçu pour permettre l'accès des personnes au processus de règlement de différends, même lorsqu'une Partie a refusé d'engager des procédures en leur nom. Le quatorzième protocole de modification a accompli des progrès importants dans l'harmonisation des règles du jeu d'ordre procédural en vertu du Chapitre dix-sept, ce qui susciterait l'ouverture des mécanismes d'appel à disposition, ainsi que l'imposition et l'application des sanctions pécuniaires dans les procédures de règlement de différends entre une personne et un gouvernement.

En plus de devoir demander l'approbation d'un examinateur d'engager des procédures d'audience par groupe spécial (voir la section 3.5.1 ci-dessous), il manque aux personnes certains droits procéduraux à la disposition des Parties, ce qui limite leur accès au mécanisme de règlement de différends. Les demandes issues d'une personne sont limitées uniquement à l'entrave réelle, et non potentielle, du commerce intérieur et sont soumises à un délai de prescription.

Les personnes peuvent uniquement demander la constitution d'un groupe spécial en fonction d'une véritable entrave au commerce intérieur qui a suscité un préjudice ou le refus d'avantages causé par la mesure<sup>186</sup>. Les Parties sont en mesure d'engager des procédures fondées sur un projet de loi et le préjudice ou le refus d'avantages potentiel.

Les personnes désireuses d'engager des procédures de règlement de différends sont soumises à un délai de prescription de deux ans « depuis la date à laquelle la personne a pris ou aurait dû prendre connaissance de la mesure qu'elle prétend incompatible et de la perte ou des dommages qu'elle a subis, ou des avantages qui lui ont été refusés<sup>187</sup> ». Les Parties ne sont pas assujetties à une telle prescription.

Ces restrictions ne limitent pas la portée des questions qui peuvent être soulevées dans le cadre d'un différend, seulement les voies de recours en la matière. Les Parties et les personnes ont de l'intérêt à faire avancer les règles et les normes de l'Accord, en tenant les Parties responsables de

---

<sup>185</sup> Entrevues du CDIP auprès des intervenants.

<sup>186</sup> *ACI 2015*, art. 1713(3) en concomitance avec l'art. 1712(2). Voir aussi, *Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by Mr. X of Québec to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Ontario* (15 février 2011), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane_en.pdf) [SR - Saputo] à p. 6 (« il semble que l'intention aux termes de l'ACI est qu'une personne désireuse d'ouvrir une procédure de règlement de différends entre une personne et un gouvernement est tenue d'avoir bel et bien subi le préjudice économique ou le refus d'avantages, plutôt que de prétendre qu'elle subira ces derniers si les mesures sont mises en œuvre »).

<sup>187</sup> Article 1713(5) a).

leurs engagements aux termes de l'ACI. La restriction des personnes habilitées à remettre en cause un comportement infractionnel dilue l'intégrité de l'ACI et de ses engagements.

### 3.5.1. Examineurs

Un examinateur doit d'abord évaluer la plainte d'une personne afin de veiller à ce qu'elle ne soit pas sans fondement, frivole ou vexatoire, ou à ce qu'elles n'aient pas pour objet d'harcéler une Partie. En ce qui concerne les demandes, les examinateurs doivent également déterminer « s'il peut être allégué raisonnablement que la personne a subi un préjudice ou s'est vu refuser des avantages<sup>188</sup> ». L'exigence stipulant qu'une personne dépose sa plainte auprès d'un examinateur après qu'une Partie a refusé d'engager des procédures pour le compte de la personne, va sans doute à l'encontre des objectifs de la mise en place d'un processus de règlement de différends efficace, accessible et opportun.

Roger Bilodeau a adéquatement évalué le rôle de l'examineur et a précisé que « l'examineur n'est pas tenu (ni autorisé, en fait) de mener une analyse approfondie du bien-fondé de l'affaire, ni d'en examiner les chances de réussite. L'examineur est plutôt simplement tenu de s'assurer que l'affaire n'est pas dénuée de fondement<sup>189</sup> ». Bien qu'il soit techniquement interdit aux examinateurs de prononcer des jugements, des conclusions ou des suppositions sur le bien-fondé de la plainte, il existe nécessairement des chevauchements entre leur décision et le bien-fondé de la plainte.

Lorsqu'un examinateur détermine qu'il existe en l'espèce une justification valable de préjudice ou de refus d'avantage subis, cette détermination lui nécessite inévitablement d'évaluer s'il existe un rapport causal entre la violation alléguée de l'Accord et un préjudice ou refus d'avantage particulier. De même, l'examen en vue de déterminer si une plainte est de nature frivole ou vexatoire sous-entend une analyse du bien-fondé juridique de la demande. Même les questions de qualité pour agir et de compétence peuvent sous-tendre des interprétations de fond sur le mode d'interaction entre les faits et l'Accord.

Les rapports d'examineurs varient largement dans la mesure où ils ont évalué si une demande est vexatoire ou s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un préjudice a été subi, ce qui empiète sur la compétence du groupe spécial connexe. Par exemple, les demandes des parties qui ont été refusées après que les examinateurs ont établi que : la mesure du gouvernement en conflit n'était pas incompatible avec leur interprétation des dispositions de l'Accord<sup>190</sup>; ou la loi correspond à la définition d'objectif légitime en vertu de l'Accord<sup>191</sup>. Ces décisions se rapportent intrinsèquement à des décisions de fond qui sont plus appropriées en instance de groupe spécial.

---

<sup>188</sup> Article 1714(8).

<sup>189</sup> *SR – CGAANB*, p. 3.

<sup>190</sup> *Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by the Hewitt Rand Corporation to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Saskatchewan* (15 janvier 1998) *Accord sur le commerce intérieur*, [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09\\_2005/Hewitt%20Rand%20Screener%20Report.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09_2005/Hewitt%20Rand%20Screener%20Report.pdf) [SR - Hewitt Rand].

<sup>191</sup> *Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by the Canuk Sales Ltd to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Ontario* (26 novembre 1999), [http://www.ait-aci.ca/pdf/canuk\\_e.pdf](http://www.ait-aci.ca/pdf/canuk_e.pdf) [SR - Canuk Sales].

Lorsque les personnes obtiennent un rapport favorable de l'examineur, elles sont effectivement tenues de présenter deux fois leur cas en fonction de ses spécificités — d'abord devant un examineur et à nouveau devant le groupe spécial. Cette situation n'est ni efficace ni opportune. Un intervenant interrogé par le CDIP a soutenu que le processus d'examen, quoique destiné à être une procédure sommaire, exigeait des personnes de se soumettre à un processus presque aussi rigoureux, simplement pour porter plainte devant un groupe spécial. L'opinion générale des intervenants est que le processus d'examen devrait être éliminé<sup>192</sup>.

Par ailleurs, l'ACI ne prévoit aucune audience devant l'examineur ni d'appel de la décision de celui-ci. En 2000, le Comité des ministres du commerce intérieur a refusé de clarifier le mandat des examinateurs, invoquant que les décisions n'étaient pas susceptibles de recours<sup>193</sup>.

### 3.6. INTERVENANTS ET EXPERTS

Avant l'adoption du quatorzième protocole de modification, seule une Partie à l'ACI pouvait intervenir à des procédures en vertu de la Parti A, après avoir démontré un intérêt substantiel pour la question en litige. Depuis l'entrée de vigueur de l'amendement, les Parties peuvent intervenir à des procédures de règlement de différends moyennant un avis écrit, dans le cadre de procédures de règlement de différends entre gouvernements et entre une personne et un gouvernement<sup>194</sup>.

De plus, une fois que le différend arrive à l'étape du groupe spécial, cet organe décisionnel a la discrétion d'« ajouter une personne à titre d'intervenant ou de Partie plaignante à une procédure s'il est raisonnable dans les circonstances et conforme aux critères d'équité<sup>195</sup>. Cette évolution est un changement accueilli favorablement qui permet aux autres personnes intéressées de donner leur opinion, ce qui contribue ainsi à la jurisprudence de l'ACI.

Cependant, l'Accord limite toujours la participation des tierces parties, que ce soient des experts ou des défenseurs de l'intérêt public. Alors qu'un groupe spécial a la discrétion de solliciter l'opinion experte de toute personne ou tout organe qu'il juge approprié, en pratique ce pouvoir discrétionnaire est rarement utilisé<sup>196</sup>. De plus, la capacité du groupe spécial à consulter des experts est considérablement limitée, puisqu'elle exige le consentement des Parties participantes. Les Parties ont effectivement la capacité d'obstruer toute participation d'un tiers. Un intervenant a reconnu qu'en pratique, le groupe spécial n'a pas l'autorité de consulter indépendamment des sources externes, peu importe la permissivité de la formulation de l'ACI<sup>197</sup>.

---

<sup>192</sup> Entrevues du CDIP auprès des intervenants.

<sup>193</sup> Robert Knox, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To*, p. 11.

<sup>194</sup> Voir article 1703(9.1). Toute Partie qui s'associe à la procédure à l'étape des consultations, où elle n'a pas à démontrer un intérêt substantiel au sens, a également le droit d'intervenir à des procédures à titre de Partie plaignante à l'étape de constitution d'un groupe spécial et article 1716.2

<sup>195</sup> Règle 3.5.4 de l'annexe 1705(1) et 1718(1)

<sup>196</sup> Voir les articles 1705(2) et 1718(2). Le seul rapport à renvoyer et à avoir fait appel à des experts est l'affaire *Ontario – Comptables publics, 2012*.

<sup>197</sup> Entrevues du CDIP auprès des intervenants.

L'Accord n'interdit ou ne permet pas explicitement un groupe spécial à autoriser la participation des défenseurs de l'intérêt public à titre d'intervenants. Le langage des articles 1705(2) et 1718(2), autorise un organe décisionnel à obtenir des renseignements auprès de tout « organe », peut être suffisamment large pour autoriser les groupes spéciaux à faire participer les intervenants au cas par cas.

Les intervenants interrogés par le CDIP étaient d'avis qu'une participation et une consultation élargie d'experts techniques et d'autres parties intéressées en tant qu'intervenant serait bénéfiques. En particulier, leur participation aiderait un groupe spécial à mieux comprendre les répercussions potentielles de la mesure en cause<sup>198</sup>.

L'ACI a été négocié dans le contexte du fédéralisme exécutif. La consultation d'intervenants externes durant la rédaction de l'Accord et des protocoles additionnels était limitée, ce qui est susceptible de produire un déficit démocratique<sup>199</sup>. Dans cette optique, la participation des défenseurs de l'intérêt public au processus de règlement de différends, qui oriente l'interprétation et l'application des engagements pris par les Provinces et le gouvernement fédéral, donnerait la possibilité d'apporter une légitimité au processus et à l'Accord dans leur ensemble.

### **3.7. L'ÉMERGENCE DE SOLUTIONS DE RECHANGE INTERPROVINCIALES**

Un certain nombre d'accords provinciaux multilatéraux ont été conclus depuis la négociation de l'ACI en 1995. Ces accords incarnent des positions divergentes sur la portée des engagements et des mécanismes de résolution de différends et d'observation des décisions y afférentes en matière de commerce interprovincial. Un bref examen des mécanismes de règlement de différends dans ces accords fournit une mise en contexte de l'évaluation d'une éventuelle modification du mécanisme de règlement de différends de l'ACI.

Certains ont avancé que l'Accord sur le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre (ACIMMO) initialement conclue entre l'Alberta et la Colombie-Britannique est issu du mécontentement de ces provinces à l'égard de l'(in)efficacité de l'ACI à lever les obstacles au commerce interprovincial<sup>200</sup>. Les changements aux dispositions de règlement de différends indiquent, en partie, que l'insatisfaction provient du rôle exercé par le Chapitre dix-sept dans l'atteinte des objectifs de l'Accord.

À la différence de l'ACI, l'ACIMMO repose sur une méthode de liste négative ou une approche ouverte du commerce. La compétence du groupe d'examen des différends de l'ACIMMO s'étend à toutes les mesures associées au commerce, aux investissements et au travail; contrairement à l'ACI, où la compétence se limite aux domaines reconnus formellement dans des chapitres

---

<sup>198</sup> Entrevues du CDIP auprès des intervenants.

<sup>199</sup> Voir Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade », citant Stein (1993) (« la transparence et la participation démocratique devrait être institutionnalisée au sein du fédéralisme exécutif. Même en droit international, il est de plus en plus reconnu que, pour conférer à une réglementation la légitimité démocratique, le processus intergouvernemental à l'origine de cette réglementation doit être ouvert à la participation des acteurs non gouvernementaux », note de bas de page n° 11).

<sup>200</sup> Robert Knox et Amela Karabegović, *Studies in Trade Policy: Myths and Realities of TILMA*.

sectoriels. En vertu de l'ACIMMO, les plaignants n'ont pas à faire partie d'un secteur ou d'une industrie particulièrement visée. Une plainte peut être soulevée même lorsque la question n'est pas explicitement mentionnée dans l'accord. Lorsqu'une mesure restreint ou empêche le commerce ou même si la mesure entrave simplement les échanges, ou rend le commerce moins ouvert, un différend peut être soulevé en vertu du mécanisme de règlement de différends de TILMA. Comparativement à l'ACI, comme le fait remarquer Knox, le champ d'application élargi des dispositions de règlement de différends de TILMA qui s'étend « aux mesures qui compromettent le commerce rehausse l'exhaustivité de l'accord<sup>201</sup> ».

En 2009, l'Ontario et le Québec ont conclu l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario (ACCQO). Alors que les dispositions de règlement de différends prévues par l'ACCQO s'interprètent de manière plus restrictive que celles de l'ACI, le processus est plus accessible et les sanctions imposées sont plus robustes. Les dispositions étroites de règlement de différends ne prévoient aucun droit privé d'action contre une partie en vertu de l'Accord. Le langage du chapitre sur la résolution de conflits est visiblement plus rationalisé et condensé, ce qui le rend plus accessible. Les groupes spéciaux de l'observation convoqués en vertu de l'ACCQO ont le pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires d'un maximum de 10 millions \$, le double du montant qui autorise l'ACI, et d'après des critères plus exhaustifs que le critère utilisé dans l'ACI (la population de la partie provinciale contrevenante<sup>202</sup>).

Le New West Partnership Agreement (NWPTA) [nouvel accord de partenariat de l'Ouest] conclu entre la Colombie-Britannique, l'Alberta et la Saskatchewan prend appui l'entente TILMA conclue auparavant. À la différence des autres accords, le NWPTA adopte le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ainsi que les règles de procédure du groupe spécial. Il permet à une Partie ou à une personne physique ou morale de remettre en question l'application en bonne et due forme ou l'interprétation du NWPTA devant un groupe spécial arbitral. L'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit également une capacité élargie de nomination et de nomination d'experts. Le NWPTA permet également aux parties de recourir à la médiation et aux possibilités de règlement de différends d'un commun accord durant l'étape de consultation. Le processus consultatif dure seulement 30 jours; un délai nettement plus court que le minimum de 120 jours, en vertu de l'ACI, avant que la partie puisse demander la constitution d'un groupe spécial. Ce délai s'éloigne de la période importante durant laquelle une Partie peut maintenir des mesures en contravention de l'ACI alors qu'ont lieu les négociations. Le NWPTA prévoit également jusqu'à 5 millions \$ en sanctions pécuniaires, lorsque la partie omet de se conformer aux décisions d'un groupe spécial, le montant étant déterminé par des critères souples, y compris le préjudice économique et « tout autre » facteur pertinent.

---

<sup>201</sup> Robert Knox et Amela Karabegović, *Studies in Trade Policy: Myths and Realities of TILMA*, p. 17.

<sup>202</sup> Article 1707.1 (Le groupe spécial de l'observation doit tenir compte des facteurs suivants : « a) la gravité de l'incompatibilité avec les obligations du destinataire de la plainte en vertu de l'Accord; b) l'ampleur de l'incidence de l'incompatibilité sur le marché; c) les efforts déployés, de bonne foi, par le destinataire de la plainte afin de se conformer à l'Accord en ce qui a trait aux questions traitées dans le rapport en cause devant le groupe spécial de l'observation des décisions; e) tout autre facteur que le groupe spécial de l'observation des décisions estime pertinent » dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire. »)

### 3.8. INQUIÉTUDES ENTOURANT LE RENFORCEMENT DU RÔLE DE L'ARBITRAGE PAR TIERS EN VERTU DE L'ACI

Un certain nombre d'acteurs de la société civile ont soulevé des préoccupations au sujet du rôle consolidé des mécanismes de règlement de différends de l'ACI afin que les provinces respectent leurs engagements. Les inquiétudes se concentraient sur le rôle accru de l'arbitrage afin de résoudre les obstacles au commerce intérieur par opposition aux seules négociations interprovinciales, et la capacité des personnes à orienter le processus en demandant la constitution d'un groupe spécial, qui a ensuite la capacité d'interpréter et de définir la portée des obligations des Provinces en vertu de l'ACI.

Les conflits sur la mesure dans laquelle l'ACI met l'accent sur la libéralisation des échanges s'appliquent également aux inquiétudes concernant les mécanismes de règlement des différends prévus par l'Accord. Comme le relève Lee :

Centrer la discussion sur les « barrières commerciales » détourne l'attention de l'enjeu véritable : la présence de lois, de règlements et de politiques à l'échelle provinciale qui existent afin de promouvoir le développement économique; de protéger les consommateurs, les travailleurs et l'environnement; et d'établir des normes minimales que doivent respecter les entreprises<sup>203</sup>.

Lee craint que l'obligation de ne pas adopter ou maintenir certaines mesures qui constituent un obstacle au commerce intérieur, à l'investissement ou à la mobilité dissuade la diversité réglementaire entre les provinces et peut entraîner un « nivellement par le bas ».

La capacité des gouvernements provinciaux à fixer des normes supérieures de protection environnementale, de réglementation du travail et de protection du consommateur est menacée, sans compter la capacité des provinces à influencer le développement économique régional... Le danger dans le cadre des négociations actuelles est que les normes légitimes d'intérêt public seront minées par des contestations de sociétés ou autres gouvernements dotés de normes inférieures<sup>204</sup>.

Les provinces seront réticentes ou « froides » dans leur volonté à introduire de telles mesures devant la possibilité que ces mesures soient remises en question dans un arbitrage privé<sup>205</sup>. Comme l'explique Gary Schoenfeldt, lorsqu'il a présenté les observations du comité du commerce de la Fédération du travail de la Saskatchewan sur TILMA, il ne s'agit pas d'être « contre le commerce, l'investissement ou la mobilité de la main-d'œuvre interprovinciale. Simplement, la Fédération estime que les décisions en la matière devraient revenir aux gouvernements élus démocratiquement et ne devraient certainement pas être réglées par l'intermédiaire de l'Entente sur le commerce,

---

<sup>203</sup> Lee, « In Search of a Problem: The Future of the Agreement on Internal Trade and Canadian Federalism », p. 228.

<sup>204</sup> Lee, « In Search of a Problem: The Future of the Agreement on Internal Trade and Canadian Federalism », pp. 225 et 226.

<sup>205</sup> Ellen Gould, *Asking for Trouble: The Trade, Investment and Labour Mobility Agreement* (Vancouver: Centre canadien de politiques alternatives, fév. 2007), <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/asking-trouble> à p. 23 (concernant l'ACIMMO, mais relativement à la formulation d'une disposition identique à l'une de l'ACI).

l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre, avec ses mécanismes d'observation semblables à ceux de l'ALÉNA<sup>206</sup>. »

L'ACI tente de parvenir à un équilibre entre la libéralisation du commerce intérieur et la souveraineté législative des provinces par voie de l'exception au titre des « objectifs légitimes » prévue à l'article 404. Sans entrer dans les détails du bien-fondé des engagements de libéralisation commerciale inscrits dans l'Accord, s'agissant du renvoi du règlement de différends au domaine de l'arbitrage d'un tiers, on craint que les groupes spéciaux favorisent la déréglementation et imposent aux provinces une norme impossible à atteindre afin de montrer que « la mesure n'est pas plus restrictive du commerce qu'il est nécessaire à l'atteinte de cet objectif légitime » au-delà du respect des initiatives provinciales adoptées dans la quête de tels objectifs légitimes<sup>207</sup>.

La disposition de règlement de différends de l'ACI a été critiquée en ce qu'elle permet aux sociétés d'esquiver les tribunaux canadiens et de contester directement les politiques gouvernementales directement devant des groupes spéciaux de commerce privés non élus et non responsables<sup>208</sup>. Le fait que des sociétés privées remettent en question la validité des politiques gouvernementales mises en œuvre dans l'intérêt public est considéré comme contraire aux « fondements de la démocratie<sup>209</sup> ». De plus, les recommandations d'éliminer le processus d'examen ont été perçues comme « favorisant davantage le jeu des sociétés désireuses de contester la réglementation provinciale<sup>210</sup> ».

Les inquiétudes relatives au droit d'action procédurale accordé aux personnes de mener une action devant une instance arbitrale privée sont déplacées. Un système de règlement de différends orienté par les personnes susceptibles de subir un préjudice ou refus d'avantages en conséquence d'une contravention de l'Accord est tout de même le mécanisme le plus efficace de définition et de résolution de la portée et de l'application des engagements pris par les Parties. Les tribunaux ont également longtemps accepté que les groupes spéciaux d'arbitrage privés soient tout aussi capables de trancher de manière indépendante et impartiale les engagements contractuels, notamment ceux pris par les provinces en vertu de l'ACI.

Les inquiétudes au sujet de l'équilibre de l'ACI entre les engagements à l'égard de la libéralisation et de la souveraineté provinciale législative sont partiellement justifiées. Le système de règlement de différends n'engendre pas un déficit démocratique, car il permet aux personnes de demander l'arbitrage devant un groupe spécial privé, afin d'interpréter la portée des obligations de la partie. L'Accord incarne un engagement par les Parties d'adhérer à des normes supérieures à celles

---

<sup>206</sup> Gary Schoenfeldt, « The Trade Investment and Labour Mobility Agreement: A Massive Attack on Democracy » (Mémoire au comité permanent de l'Économie, gouvernement de la Saskatchewan, 2007), <<http://www.sfl.sk.ca/public/images/documents/Trade%2520Cttee%2520Submission%2520to%2520Sask%2520Government%25202007.pdf>.

<sup>207</sup> See Ellen Gould, *Asking for Trouble: The Trade, Investment and Labour Mobility Agreement* at p 23.

<sup>208</sup> Association canadienne du droit de l'environnement, « Trade ministers urged to deny corporations ability to sue provincial, territorial governments » (3 déc. 2010), <http://www.cela.ca/tradeministers-urged-deny-corp-sue%20>.

<sup>209</sup> Association canadienne du droit de l'environnement, « Trade ministers urged to deny corporations ability to sue provincial, territorial governments »

<sup>210</sup> Lee, « In Search of a Problem: The Future of the Agreement on Internal Trade and Canadian Federalism », pp. 234 et 235.

qu'obligerait leur propre loi, lorsqu'une mesure entrave le commerce, introduit des discriminations au titre de la résidence ou restreint ou prévient l'entrée ou la sortie. En particulier, lorsqu'une mesure est remise en question, le fardeau incombe au gouvernement de montrer que les moyens utilisés sont rationnellement et raisonnablement liés à l'objectif légitime souhaité.

Lorsque l'interprétation de cette norme impose un fardeau au-delà de l'intention des parties, notamment une interprétation qui peut être considérée comme une entrave à la légitimité démocratique de l'ACI à titre d'entente négociée entre des gouvernements élus. Cependant, cela a peu de choses à voir avec les droits procéduraux. Par exemple, l'autorité du groupe spécial à obliger le gouvernement de l'Ontario à abroger ses restrictions légales sur la vente des mélanges de produits laitiers<sup>211</sup> n'est pas contraire aux « fondements de la démocratie », mais le gouvernement est plutôt tenu de respecter un engagement qu'il a librement contracté, de ne pas restreindre le commerce dans le but de protéger certains groupes d'intérêt.

Dans nos recommandations (voir la section 6 ci-après), nous proposons des mécanismes additionnels afin d'assurer que l'équilibre des intérêts demeure dans les limites de l'intention des parties, sans miner l'efficacité d'un système de décision arbitral fondé sur des règles. L'octroi d'un droit privé d'action aux intervenants non partie pourrait augmenter les difficultés de la réglementation gouvernementale<sup>212</sup>. À la différence de la résolution de conflits diplomatique, cependant, un système fondé sur des règles qui encourage une interprétation cohérente a l'avantage de définir la portée de l'application des engagements de l'Accord, ce qui permet au groupe spécial de disposer rapidement des demandes frivoles et de les décourager à l'avenir.

---

<sup>211</sup> *Report of Article 1702(2) Summary Panel Regarding the Pre-Existing Dispute Concerning Ontario's Measures Governing Dairy Analogs and Dairy Blends* (24 septembre 2010, <http://www.ait-aci.ca/en/dispute/panel%20report%20Sept.%202024.pdf> [*Ontario – Mélanges de produits laitiers*, 2010]).

<sup>212</sup> Réponse au questionnaire du CDIP destiné aux intervenants.

#### 4. ANALYSE COMPARATIVE DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS DANS LE CADRE D'ACCORDS INTERNATIONAUX SUR LE COMMERCE ET L'INVESTISSEMENT

Même si des défis semblables à l'élimination des barrières au commerce intérieur existent dans d'autres États fédérés (notamment les États-Unis, l'Australie) ou les unions (comme l'Union européenne), l'analyse de l'ACI applicable au contexte constitutionnel canadien repose sur les mécanismes de résolution de différends des régimes internationaux de commerce et d'investissement.

Le pouvoir fédéral en matière de « commerce » conféré par la Constitution canadienne a un médiocre bilan de protection contre les barrières au commerce intérieur adoptées par les provinces par le biais de leur pouvoir constitutionnel de légiférer en matière de « propriété et droits civils<sup>213</sup>». En comparaison, les régimes des États-Unis (clauses de commerce et de suprématie), de l'Union européenne (interdiction en vertu du Traité de Rome contre les mesures « susceptibles de porter atteinte, directement ou indirectement, réellement ou potentiellement, aux échanges intracommunautaires de marchandises »), et l'Australie (appels devant la Cour suprême d'Australie) ont été efficaces dans la contestation et l'élimination des barrières au commerce intérieur<sup>214</sup>.

De plus, l'union économique interne du Canada n'a pas le soutien institutionnel qu'ont ces territoires de compétence. La Commission européenne et la Commission de la productivité de l'Australie, par exemple, jouent toutes deux des rôles actifs dans la levée des obstacles au commerce<sup>215</sup>. En revanche, le Canada n'a aucun soutien institutionnel semblable afin de faire observer activement les engagements à l'égard de l'élimination des barrières commerciales et l'ACI ne possède pas la structure juridique nécessaire à l'application de ces engagements<sup>216</sup>.

Par conséquent, les frontières économiques intérieures du Canada fonctionnent à peu près de la même manière que les frontières économiques internationales — divisées le long des frontières politiques souveraines, chacune des provinces fonctionne comme un État doté d'une autorité législative souveraine. Le Secrétariat de l'ACI manque l'autorité juridique et la capacité coercitive de faire respecter les engagements des parties provinciales, à la manière des institutions internationales qui dépendent de la bonne volonté, de la collaboration et de l'intérêt personnel des États — parties à un accord international, aux fins de sa mise en œuvre efficace. La ressemblance de la structure entre les institutions internationales et l'ACI est manifeste. Puisque les mécanismes

---

<sup>213</sup> Kathleen MacMillan, « A Comparison of Internal Trade Regimes: Lessons for Canada » (étude préparée pour le Forum des politiques publiques du Canada et le Secrétariat du commerce intérieur, 10 septembre 2013), <http://www.ppforum.ca/sites/default/files/MacMillan%20Final.pdf> à p. 14, citant Kathleen Macmillan et Patrick Grady, *Interprovincial Barriers to Internal Trade in Goods, Services and Flows of Capital: Policy, Knowledge Gaps and Research Issues* (2007), <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/8709/>.

<sup>214</sup> Kathleen MacMillan, « A Comparison of Internal Trade Regimes: Lessons for Canada »

<sup>215</sup> Kathleen MacMillan, « A Comparison of Internal Trade Regimes: Lessons for Canada », pp. 14 et 15.

<sup>216</sup> Dans le Budget 2015, le gouvernement a annoncé la création d'un « office fédéral de promotion du commerce intérieur à Industrie Canada », qui « agira comme centre névralgique fédéral de recherche et d'analyse afin d'approfondir notre compréhension collective de l'impact des barrières au commerce intérieur ». *Un leadership fort : un budget équilibré et un plan axé sur des impôts bas pour favoriser l'emploi, la croissance et la sécurité*, déposé à la chambre des Communes par l'honorable Joe Oliver, C.P., député, ministre des Finances (21 avril 2015), <http://www.budget.gc.ca/2015/docs/plan/budget2015-eng.pdf> à p 207.

internationaux sont sans aucun doute efficaces dans la résolution des différends entre entités politiques souveraines, un aperçu comparatif de ces mécanismes fournit des idées et des pratiques exemplaires en vue de la modification du mécanisme de règlement de différends de l'ACI, afin qu'il contribue davantage à l'élimination des barrières commerciales et à la prévention de la création de nouveaux obstacles au commerce.

La section 4.1 examine la théorie internationale de règlement de différends et son échelle de résolution de conflits — depuis la diplomatie aux modes legalistes de résolution de différends, et envisage les facteurs qui influent sur le positionnement du mode de règlement de conflit particulier sur l'échelle. La section 4.2 examine brièvement certains des outils de règlement de différends qui éloignent le mécanisme de la seule résolution diplomatique le long de l'échelle et font appel à des outils de plus en plus juridiques. Les sections 4.3 et 4.4 explorent les caractéristiques principales des deux systèmes de règlement de différends internationaux les plus courants — Mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États et le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

#### **4.1. VARIÉTÉ DE RÈGLEMENTS DE DIFFÉRENDS DANS LE CADRE D'ACCORDS ÉCONOMIQUES INTERNATIONAUX**

Le règlement de différends dans tout contexte, y compris les relations économiques internationales et nationales, est présenté d'après une échelle — depuis les processus de conciliation axés sur les intérêts jusqu'aux processus juridictionnels fondés sur les droits. Les processus vont de la négociation directe entre les parties en litige, d'une part, à la compétence d'un tiers, d'autre part<sup>217</sup>. Dans la conception des processus de règlement de différends dans le cadre des accords commerciaux, les parties choisissent où se situe le mécanisme de résolution de conflits sur l'échelle, de la diplomatie au legalisme.

Le jugement de valeur qui sous-tend le choix entre la diplomatie et le legalisme implique un compromis entre la souplesse et la conformité. En ce qui concerne la facilitation de l'observation, les parties aux accords de libéralisation commerciale réciproque sont confrontées au double problème de la motivation et de l'information<sup>218</sup>. Les Parties sont motivées par l'accès aux accords de libéralisation du commerce, car les avantages globaux l'emportent sur les coûts pour les consommateurs et les fabricants. Toutefois, de tels avantages sont dispersés, alors que les coûts sont souvent concentrés, ce qui mène souvent à une opposition politique organisée et à des incitatifs d'enfreindre les obligations du traité en vue d'assurer la protection des groupes nationaux. Plus les différends de l'accord sont réglés au moyen de la diplomatie, plus la partie jouit d'une discrétion de trouver des solutions efficaces aux coûts qui surviennent. Ces ententes, en revanche, compromettent souvent la conformité avec obligations de fond de l'Accord.

---

<sup>217</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. *International Organization* » (2000) 54:01 *International Organization* 137 à 139.

<sup>218</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. *International Organization* » à la note de bas de page n° 29.

La conformité des Parties avec les obligations de fond des accords de libéralisation des échanges mène à la réduction des coûts économiques regroupés. Les coûts globaux sont réalisés uniquement si le degré de conformité est élevé. Non seulement les parties confrontées aux partenaires qui ont la motivation de tromper, mais la prédominance et la complexité des barrières non tarifaires présentent un défi informationnel dans la détermination de la violation d'un engagement. Le coût de surmonter ce défi d'information peut être suffisant pour miner les avantages attendus de la libéralisation des échanges.

La probabilité d'observation augmente en fonction de l'utilisation de mécanismes juridictionnels, légalistes, fondés sur les droits afin de faire respecter les obligations par les parties.

Par exemple, les organes de règlement de différends légalisés (fondés sur des règles) peuvent dissuader la désertion par voie de mécanismes de suivi<sup>219</sup>. En outre, puisque les accords commerciaux sont le fruit d'un compromis et les parties ne peuvent prévoir tous les futurs scénarios possibles, les accords sont rédigés en termes généraux. L'arbitrage indépendant par une tierce partie aide à définir les modalités de l'accord à la lumière des circonstances évolutives<sup>220</sup>. Le règlement de différends formaliste sert d'engagement institutionnel à l'égard d'une interprétation cohérente des principes incarnés par un accord de libéralisation des échanges. Cela réduit le risque et stimule la confiance du secteur privé, ce qui encourage le commerce et les investissements accrus<sup>221</sup>.

Le problème, toutefois, est que le légalisme s'exerce aux dépens de la discrétion politique. Un mécanisme de règlement de différends limite intrinsèquement la capacité des parties à s'adapter aux coûts qui surviennent dans des secteurs en conséquence de l'engagement d'une partie à l'égard de la libéralisation. L'autonomie en matière de politique intérieure en vue d'assouplir la réglementation ou de protéger des groupes particuliers préjudiciés par la libéralisation des échanges peut être davantage limité lorsqu'une instance arbitrale juge de telles mesures incompatibles avec les engagements de traités afin d'éliminer les barrières non tarifaires au commerce.

Les préoccupations au sujet du besoin de maintenir l'autonomie législative ne sont pas sans fondement. Cependant, un important corpus de recherche prêche en faveur d'accords qui ont des dispositions légalistes de règlement de différends lorsque les parties ont pris des engagements « approfondis » à l'égard de la libéralisation<sup>222</sup>. Les obligations de l'ACI, comme celles d'un marché commun ou d'une union économique, visent un degré élevé d'intégration économique.

---

<sup>219</sup> L'Organisation mondiale du commerce possède un mécanisme d'examen des politiques commerciales par lequel tous les membres de l'OMC sont périodiquement examinés afin d'évaluer le respect de leurs engagements. Voir *Trade Policy Reviews*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tpr\\_e/tpr\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tpr_e.htm).

<sup>220</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization », p. 146

<sup>221</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization », p. 147 (« Toutes choses étant égales par ailleurs, ils préfèrent un minimum d'incertitude, valorisant un environnement politique stable dans lequel ils peuvent évaluer des stratégies commerciales de rechange. »)

<sup>222</sup> Todd Allee et Manfred Elsig, « Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provisions? Evidence from Preferential Trade Agreements » (Exposé prononcé à la 7<sup>e</sup> conférence annuelle *Political*

Les recherches de Smith<sup>223</sup>, et les études subséquentes<sup>224</sup> ont constaté une forte corrélation entre la profondeur des engagements de libéralisation dans les traités et le légalisme figurant dans les dispositions de règlement de différends de l'Accord. L'engagement profond à l'égard de la libéralisation par voie de l'élimination de presque toutes les barrières économiques va au-delà des restrictions quantitatives et tarifs aux barrières réglementaires et non tarifaires autres. La complexité technique de tels obstacles peut, en fait, exiger un règlement de différends formaliste à la fois car la violation des obligations d'une partie est plus probable dans le cadre d'un accord complexe et un processus de règlement de différends légaliste est requis afin d'évaluer et d'interpréter l'applicabilité de l'accord à certaines mesures gouvernementales<sup>225</sup>.

Tout en faisant siennes les vues exprimées dans le rapport du CDIP publié en 2009, le présent rapport défend la position que la conformité avec les règles et normes de libéralisation commerciales de l'ACI auront un impact positif global pour les consommateurs<sup>226</sup>. Par conséquent, la présente section évalue les outils de règlement de différends qui favorisent la conformité avec l'ACI par rapport à des mécanismes équivalents utilisés dans les accords économiques internationaux. De plus, nous examinons les outils qui peuvent dissiper les inquiétudes des gouvernements concernant la renonciation d'un degré d'autonomie politique sans compromettre la conformité.

## **4.2. ÉVALUATION DES MÉCANISMES INTERNATIONAUX DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS**

Les traités économiques internationaux prévoient une gamme d'instruments de règlement de différends. La plupart des accords mettent en œuvre un mécanisme progressif de règlement de différends qui intègre le règlement de différends à la fois consensuel et juridictionnel. Or, les accords diffèrent dans leurs modalités régissant quand et comment ils mettent davantage l'accent sur le règlement de différends juridictionnel légaliste que consensuel.

Pour évaluer la mesure dans laquelle un accord formalise le règlement de différends, nous avons étudié « la proportion des pouvoirs délégués aux juges et aux arbitres, comment les parties lésées ont la pleine capacité de faire valoir leurs droits et si des sanctions peuvent être utilisé pour mettre en œuvre des réparations<sup>227</sup>; » comment les groupes spéciaux de règlement de différends tiers et

---

*Economy of International Organizations*, Université Princeton, du 16 au 18 janvier 2014), [http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf7\\_Allee-Elsig-02.09.2013.pdf](http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf7_Allee-Elsig-02.09.2013.pdf) à la p. 4.

<sup>223</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization »

<sup>224</sup> Todd Allee et Manfred Elsig, « Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provisions? Evidence from Preferential Trade Agreements ».

<sup>225</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization », p. 172.

<sup>226</sup> CDIP/Janet Lo, *The Consumer Perspective of Trade & Commerce Powers*.

<sup>227</sup> Todd Allee et Manfred Elsig, « Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provisions? Evidence from Preferential Trade Agreements ».

si ces groupes spéciaux sont ponctuels ou permanents<sup>228</sup>. Ces facteurs combinés signalent la mesure dans laquelle l'accord met l'accent sur la conciliation plutôt que le règlement juridictionnel<sup>229</sup>. De plus, nous avons mis en œuvre la classification des facteurs de Smith qui déterminent où se situe le mécanisme de règlement de différends particuliers d'un accord commercial sur l'échelle allant de la diplomatie au légalisme<sup>230</sup> :

- Le droit explicite de contrôle des plaintes par un tiers en ce qui concerne l'application et l'interprétation du traité. Les accords qui prévoient seulement des consultations, voire la médiation ou la conciliation, impliquent un très faible niveau de légalisme, parce que les parties au différend conservent le droit de rejeter légalement tout règlement proposé.
- Le nombre, le mandat et le mode de sélection des arbitres ou des juges dans le cadre d'un traité influenceront le caractère légal du règlement de différends. La nomination ponctuelle d'arbitres afin de traiter un règlement particulier, groupe dissous une fois la décision rendue, relève de l'extrémité diplomatique de l'échelle. Dans le cas des accords qui prévoient la création d'un tribunal permanent qui statue collectivement sur tous les litiges qui relèvent de l'extrémité légaliste de l'échelle. Comme le note Smith, « même en l'absence d'une disposition *stare decisis*, les décisions prises par un tribunal permanent sont plus susceptibles d'être cohérentes au fil du temps — et ainsi plus légaliste — que les décisions rendues par des groupes spéciaux ponctuels dont la composition change à chaque différend<sup>231</sup>. »
- Qui a le droit et qui peut engager des procédures revêt une importance particulière. « En général, plus la définition du statut est large, plus le mécanisme de règlement de différends est légaliste<sup>232</sup>. » Les accords autorisant l'accès individuel au règlement de différends font en sorte que l'observation des décisions est orientée directement par ceux qui subissent directement le préjudice économique ou la perte d'avantages découlant de la violation de l'accord. Par conséquent, « les violations alléguées sont probablement plus fréquentes que si le statut est accordé seulement aux États dont les multiples considérations diplomatiques suscitent une réticence à autoriser certains différends<sup>233</sup>. »

---

<sup>228</sup> Todd Allee et Manfred Elsig, « Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provisions? Evidence from Preferential Trade Agreements ».

<sup>229</sup> Todd Allee et Manfred Elsig, « Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provisions? Evidence from Preferential Trade Agreements ».

<sup>230</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization ». Seule les éléments pertinents pour l'analyse des accords internationaux par rapport à l'ACI ont été inclus.

<sup>231</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization », p. 140.

<sup>232</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization », p. 141.

<sup>233</sup> James McCall Smith, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. International Organization ».

### 4.3. SYSTÈMES D'ACCÈS DIRECT : ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTAT

La principale norme de règlement de différends qui s'est dégagée de la prolifération des accords internationaux d'investissement<sup>234</sup> est le droit des personnes d'intenter une action contre un État partie qui a enfreint ses obligations en vertu d'un traité. Dans le contexte international, il est affirmé que pour qu'un individu soit pleinement reconnu comme soumis au droit international, ses droits de fonds doivent être accompagnés par la capacité, à tout le moins, de contester l'autorité de l'État lorsqu'il enfreint ces droits;

Les droits de fond et procéduraux sont les deux faces d'une même médaille, celle-ci étant composée de la subjectivité complète et articulée du droit international, de par lequel une personne pourrait entièrement bénéficier d'une protection adéquate et efficace et participer au processus du droit international<sup>235</sup>.

De même, l'ACI accorde aux personnes résidant dans une province, qui ne sont pas Parties à l'ACI, des droits de fond en vertu des obligations qu'ont contractées les provinces; à savoir, le droit de ne subir aucun obstacle à la libre circulation des personnes, des investissements et du commerce, sauf si ces obstacles visent à réaliser un objectif légitime. En comparaison avec de nombreux accords d'investissement bilatéraux, cependant, l'ACI accorde un droit plus limité aux personnes privées d'intenter des poursuites en cas de violations alléguées des obligations de fond de l'ACI.

Les accords d'investissement internationaux donnent la priorité à un processus de règlement de différends plus privé que politique. Le cadre institutionnel qui comprend le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) « crée une tribune neutre qui donne le droit à une audience juste devant un tribunal sans contraintes relatives aux considérations de politique nationale<sup>236</sup>. » Bien qu'ils soient le fruit d'une négociation diplomatique, les accords internationaux d'investissement ont dépolitisé, dans une certaine mesure, les règlements de différends économiques internationaux en les faisant passer d'un cadre d'État à État à l'arène du règlement de différends économiques entre investisseurs privés et État.

Le fait d'accorder aux personnes privées un statut direct permet aux investisseurs d'éviter le besoin de convaincre leur État d'attache d'engager des procédures en leur nom. L'exigence du consentement préalable à l'arbitrage fait en sorte que les décisions sont en dehors de la portée des États d'attache, ce qui évite les tactiques d'intimidation par les puissances économiques étatiques confrontées à des contestations nuisibles au plan politique par un parti économiquement inférieur<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel » (2014) *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf) (« [d]epuis la conclusion du premier traité d'investissement bilatéral (TIB) en 1959, le nombre d'accords conçus pour régler une panoplie de questions relatives aux investissements étrangers s'élevait à presque 3 200 à la fin de 2012 », p. 19).

<sup>235</sup> Roberto Bruno, « Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis, [www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html](http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html) à l'Introduction.

<sup>236</sup> CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p 13.

<sup>237</sup> CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p. 24.

Les outils de règlement de différends utilisés par les accords d'investissement internationaux donnent la priorité à la capacité des intérêts commerciaux privés de demander réparation pour les violations des avantages sur le fond qui leur sont dus en vertu d'un accord et ont essentiellement eu pour conséquence de faire avancer les intérêts privés.

Dans le même temps, toutefois, les différends concernant les droits en vertu de l'accord engagent des questions politiques publiques, y compris la protection environnementale, la santé publique et la protection du consommateur de même que d'autres questions de gouvernance. Les mécanismes de règlement de différends favorisent la conformité et permettent aux groupes d'intérêts privés de remettre en question les mesures gouvernementales, et de soulever des préoccupations auprès des tribunaux d'arbitrage non étatiques ponctuels afin de traiter des enjeux en vertu de l'Accord qui sous-tend essentiellement des questions de politiques publiques et d'intérêt public<sup>238</sup>. Tout récemment, les groupes de la société civile ont formulé des critiques quant au règlement de différends connus entre investisseur et État prévu par le Partenariat transpacifique<sup>239</sup> et l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne<sup>240</sup>. Quoique justifiées, ces critiques ne s'appliquent pas également à l'ACI, puisqu'il s'agit d'un accord *intérieur*, plutôt qu'un accord international. Par conséquent, d'après notre analyse, nous avons envisagé des mécanismes procéduraux dans le règlement de différends entre investisseur et État qui pourraient améliorer le règlement de différends en vertu de l'ACI et équilibrer les intérêts concurrentiels de l'accès accru des non-parties au règlement de différends aux termes de l'ACI, ce qui favoriserait l'observation des obligations de fond prévues par l'ACI, et le maintien de l'autonomie législative des Provinces.

#### 4.3.1. Consentement à l'arbitrage

Tous les accords d'investissement internationaux qui prévoient un mécanisme de règlement de différends entre investisseur et État partagent un ensemble commun de caractéristiques fondamentales, notamment des dispositions définissant le consentement des parties à l'arbitrage, le champ d'application du traité et les instances arbitrales à disposition<sup>241</sup>. L'arbitrage en vertu des règlements du CIRDI et de la CNUDCI sont deux solutions auxquelles les accords internationaux en matière d'investissement font le plus souvent appel.

Une convention d'arbitrage est un contrat entre les parties en vertu duquel elles acceptent de soumettre leurs futurs différends au règlement par un arbitre tiers indépendant. Les États sont les

---

<sup>238</sup> Michael Waibel, Asha Kaushal, Liz Kyo-Hwa Chung, et Claire Balchin, rédacteurs, *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2010); Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, « Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom » (novembre 2012), <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>.

<sup>239</sup> « Letter to Ambassador Froman and Commissioner De Gucht » (16 décembre 2013), [http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/ttip\\_investment\\_letter\\_final.pdf](http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/ttip_investment_letter_final.pdf).

<sup>240</sup> *Canada–European Union Summit in Ottawa: Over a Hundred Organizations on Both Sides of the Atlantic Strongly Oppose an Agreement that will Enrich Multinational Corporations at the Expense of Citizens' Rights* (25 septembre 2015), <http://www.tradejustice.ca/over-100-canadian-and-eu-groups-strongly-oppose-cetas-corporate-rights/>.

<sup>241</sup> CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p. 30.

seules parties aux accords internationaux en matière d'investissement et les personnes ne peuvent intenter une action en vertu de l'accord car il n'y a aucun effet relatif du contrat. La convention d'arbitrage aux termes des accords d'investissement internationaux, en conséquence, est quelque peu différente. Les États doivent consentir à participer à une procédure arbitrale engagée par un investisseur. Dans un accord international d'investissement, les États donnent une offre unilatérale de consentement à arbitrer par voie de la disposition de règlement de différends pertinente en vertu de l'accord. Ce consentement permanent peut être implicite ou explicite, selon la formulation de l'accord. Cependant, l'offre d'arbitrage peut être rendue opposable si et lorsque l'investisseur soulevant le différend l'accepte<sup>242</sup> et ne peut être unilatéralement révoquée.

Une formulation de rechange prévoit qu'un État « conviendra », ce qui signifie que le consentement doit être accordé une fois qu'une demande d'arbitrage est déposée<sup>243</sup>. Cela veut dire que le tribunal d'arbitrage n'obtient pas la compétence d'entendre un différend jusqu'à ce que la partie défenderesse à l'accord donne son consentement. Le défaut de donner son consentement, cependant, constituerait une violation de l'accord, ce qui déclencherait le besoin d'un règlement de différend d'État à État<sup>244</sup>. Une approche plus restrictive en vertu des traités d'investissement bilatéraux confère un contrôle intégral sur la question de savoir si les différends doivent être réglés par voie d'arbitrage des parties en exigeant le consentement des deux parties avant qu'une personne privée puisse engager une procédure arbitrale.

L'ACI implique que la Partie consent à mettre en place un groupe spécial d'arbitrage est conditionnelle à ce que la personne se voit conférer un statut juridique par un examinateur. Comme le constate la section 3.5.1 ci-dessus, le mécanisme d'examen est en quelque sorte un obstacle redondant à l'engagement d'une procédure arbitrale. L'emploi de la formulation « consentira » peut créer la position par défaut dans laquelle les Parties autorisent les personnes privées à engager une procédure arbitrale. Si une Partie refuse de participer à une procédure d'arbitrage intentée par une personne privée, la partie qui refuse aura à assumer la responsabilité devant les autres Parties à l'Accord, d'une manière analogue aux mécanismes d'État à État prévus par les accords internationaux en matière d'investissement.

#### **4.3.2. Champ d'application**

La définition d'« investissement » est un accord international en matière d'investissement qui établit le type d'opérations auxquelles s'appliquera le mécanisme de règlement de différends. « La plupart des traités bilatéraux d'investissement (TBI) ont des définitions vagues et ouvertes du terme « investissement<sup>245</sup> » qui ont incité les tribunaux à adopter une approche élargie à l'égard

---

<sup>242</sup> Jan Paulsson, « Arbitration without privity, ICSID Review » (1995) 10 Foreign Investment Law Journal 232, pp. 236 à 241 et 255 à 257.

<sup>243</sup> *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of Mexico and the Government of the United States*, 17 December 1992, Can TS 1994 No 2, 32 ILM 289, (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng>, à l'art 1102: National Treatment.

<sup>244</sup> UNCTAD, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p. 33.

<sup>245</sup> Voir par exemple, l'article 1139 de l'*Accord de libre-échange nord-américain conclu entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, le Gouvernement canadien et le Gouvernement du Mexique* ou l'article 1 du *Treaty Between United States of America and The Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement And Protection of*

du type de transactions et d'actifs qui se qualifient d'investissements<sup>246</sup> ».

### 4.3.3. Application temporelle

L'application temporelle de certains accords internationaux en matière d'investissement s'étend au-delà de l'existence ou de la présence d'un véritable investissement dans le pays hôte. Les obligations associées à certains traités d'investissement s'appliquent relativement à l'« acquisition et l'établissement d'un investissement<sup>247</sup> ». Cela signifie que les obstacles à l'établissement d'un investissement peuvent relever de la compétence du tribunal.

Par opposition aux accords internationaux en matière d'investissement, l'ACI adopte l'approche un tant soit peu paradoxale du traitement des barrières au commerce et aux investissements. Les Parties s'abstiendront de prendre des mesures qui créent des obstacles au commerce intérieur, qui limitent le mouvement des personnes, des biens, des services ou des investissements par-delà les frontières provinciales, et qui constituent une discrimination (directe ou indirecte) contre les biens, les personnes, les services ou les investissements émanant d'une autre partie. L'Accord définit largement les domaines d'investissement et de services au présent et au futur. « Service d'une Partie » s'entend de « Service fourni ou *devant être fourni* par une personne de la Partie. » et « investissement » se définit comme suit : « Sont assimilés à un investissement : a) l'*établissement*, l'*acquisition* ou l'expansion d'une entreprise; b) les éléments d'actif financier, tels le numéraire, les actions, les obligations, les débetures, les participations, les comptes débiteurs, les stocks, les immobilisations, les options et l'achalandage<sup>248</sup>. »

Ces définitions dans l'ACI accordent un degré d'ambiguïté à la portée temporelle de l'application de l'ACI aux personnes. Alors que les Parties à l'ACI sont autorisées à soulever un différend devant un groupe spécial dans le cas de projets de mesure, les personnes privées n'ont pas le droit d'en faire autant. Or, il se pourrait que la proposition fondamentale de certaines mesures pose obstacle à l'établissement ou à l'acquisition d'investissements, ou l'approvisionnement en biens prévu.

### 4.3.4. Application sectorielle

Alors que le commerce et l'investissement ont été largement définis aux termes de l'ACI — ce qui élargit le champ d'application des dispositions de règlement de différends — l'Accord limite la compétence d'un groupe spécial à connaître les litiges aux chapitres horizontaux et verticaux sectoriels de la Partie IV (voir la section 2.3.1 ci-dessus). Une Partie ou une personne privée doit s'assurer que sa demande corresponde à l'un de ces chapitres<sup>249</sup>.

L'ACI adopte l'approche dite des listes positives afin de définir la portée de son application aux chapitres sectoriels énumérés. Cette approche est rare dans le contexte des accords internationaux

---

*Investment*, 14 novembre 1991 (entrée en vigueur le 20 octobre 1994), <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>.

<sup>246</sup> CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p. 50.

<sup>247</sup> Par exemple, l'ALENA.

<sup>248</sup> Article 200, définitions (italique ajouté).

<sup>249</sup> Il se peut qu'un différend ne relève pas strictement de l'un des secteurs définis.

en matière d'investissement, qui adoptent une méthode de liste négative à l'égard des obligations d'investissement : les parties préservent leur autonomie grâce à des clauses d'exceptions, qui prévoient des cas particuliers auxquels ne s'appliquent pas les règles de l'accord sur l'investissement. Comparativement, en plus de limiter les secteurs auxquels s'appliquent les règles de l'ACI, l'Accord permet aux parties de prendre des mesures visant l'atteinte d'un « objectif légitime » (voir la section 4.3.5 ci-dessous).

L'approche de combinaison d'une liste positive avec de multiples clauses d'exception limite non seulement la compétence de fond d'un groupe spécial, mais complique inutilement le processus de règlement de différends prévu en vertu de l'ACI. Les chapitres horizontaux (Marchés publics, Investissement, Mobilité de la main-d'œuvre, Mesures et normes en matière de consommation et Protection de l'environnement) sont applicables à tous les secteurs industriels. Cela fait en sorte que le champ d'application des dispositions de règlement de différends de l'ACI semble large sur la face<sup>250</sup>. Or, les chapitres propres à un secteur vertical outrepassent les obligations applicables d'un chapitre horizontal, dans la mesure où il existe un conflit entre ce premier et ce dernier. Il s'agit d'un point important, puisqu'un certain nombre de chapitres horizontaux (Investissement, Mobilité de la main-d'œuvre et Mesures et normes en matière de consommation) comportent des dispositions d'exception au titre d'« objectifs légitimes » définies en termes plus larges que celles applicables aux chapitres sectoriels verticaux.

Conformément aux chapitres horizontaux, lorsqu'un tribunal a la compétence de déterminer si une violation de l'obligation d'une Partie en vertu de l'Accord s'applique largement, les dispositions d'« exceptions légitimes » sont rédigées plus libéralement, ce qui élargit les exceptions de fond qu'une partie défenderesse peut prendre appui s'il existe un chef de violation des obligations aux termes de l'ACI. Afin d'éviter l'application des exceptions élargies en vertu des chapitres rattachés à l'Investissement, à la Mobilité de la main-d'œuvre et aux Mesures et normes en matière de consommation, un plaignant est tenu d'adapter son différend à la portée de l'un des chapitres verticaux sectoriels<sup>251</sup>.

#### **4.3.5. Exception au titre d'« objectifs légitimes »**

Dans le cadre des accords internationaux en matière d'investissement, les dispositions « mesures non exclues » invoquent des exceptions à l'obligation de fond d'un État partie à l'endroit des investisseurs étrangers et de l'investissement dans des secteurs particuliers. De telles dispositions sont conçues afin de préserver l'autorité de l'État hôte à prendre des mesures essentielles à des domaines tels que la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique et l'environnement<sup>252</sup>.

L'utilisation des clauses d'exception dans les accords internationaux d'investissement est rare. Burke-White et von Staden ont estimé qu'elles apparaissaient dans seulement 200 parmi

---

<sup>250</sup> D'après l'annexe 1813 (Interprétation de l'Accord), un chapitre horizontal s'applique « à la fois aux questions dans son champ d'application et, le cas échéant, aux questions du ressort d'un chapitre vertical ».

<sup>251</sup> *Québec – Margarine colorée*, 2005.

<sup>252</sup> Aucune autre disposition du traité n'empêche un État d'avoir recours aux mesures nécessaires à l'atteinte de certains objectifs énumérés dans la disposition. Voir CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p. 44.

approximativement 3 000 accords<sup>253</sup>. Quoique moins prévalent, la tendance est de plus en plus à la rédaction des accords internationaux en matière d'investissement<sup>254</sup> afin d'utiliser un langage qui assure que les mesures non exclues soient « considérées comme déterminées unilatéralement par les autorités ». Une mesure contestée relève de la portée nécessaire à la protection d'un objectif légitime et n'est par conséquent pas exclue par les obligations de l'accord, ce qui est déterminé en fonction de la nécessité de la mesure qu'estime l'État hôte.

Les exceptions « considérées comme déterminées unilatéralement par les autorités » sont conçues afin de fournir un filet de sécurité protégeant l'autonomie législative des Parties dans des domaines considérés d'une importance supérieure aux obligations de protection de l'investissement prévues par l'Accord. L'article 18 du *traité bilatéral d'investissement type des États-Unis* prévoit que : « le présent traité ne pourra en aucune manière être interprété comme interdisant à une Partie d'appliquer les mesures qu'elle estime nécessaires aux fins de la protection de ses intérêts de sécurité essentiels<sup>255</sup> ». De même, l'application de l'exception à l'obligation d'une Partie est inconditionnelle et la formulation sans équivoque en ce qui concerne le responsable de la décision selon laquelle une mesure est exclue des obligations du traité.

Comparativement, l'approche de l'ACI de l'application des clauses d'exception et de leur « détermination unilatérale par les autorités » est plus complexe. Les Parties à l'ACI sont autorisées à prendre des mesures en contravention des obligations prévues aux articles 401, 402, et 403, et lorsque celles-ci se qualifient de mesures visant à atteindre un « objectif légitime » tel que prescrit par l'Accord. Dans un certain nombre de cas, l'ACI stipule que la Partie est autorisée à adopter ou à maintenir des mesures qu'elle estime nécessaires ou appropriées dans le but d'atteindre un objectif légitime<sup>256</sup>.

L'intégration de la formulation autodéterminante « elle estime » au sein de l'Accord est problématique pour deux raisons. D'une part, si l'article 200 définit le terme « objectif légitime », ses sous-composantes, ce qui comprend les objectifs tels que l'« ordre public et la sécurité », ne sont pas définies. Il n'est pas clair si, en fonction de cette formulation, la partie ou un groupe spécial a la compétence de déterminer adéquatement si une mesure s'inscrit bel et bien dans la portée d'un « objectif légitime ».

D'autre part, à la différence des mesures déterminées unilatéralement par les autorités dans les accords internationaux en matière d'investissement, l'adoption des mesures visant un objectif légitime est une exception qualifiée en vertu de l'ACI. Pour se qualifier à titre d'exception

---

<sup>253</sup> William Burke-White et Andreas von Staden, « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation of Non-Precluded Measure Provisions in Bilateral Investment Treaties » (2008) 48:2 Virginia J Int'l L 307, p. 313.

<sup>254</sup> Par exemple, les toutes dernières versions du traité d'investissement bilatéral des États-Unis et le modèle canadien d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) contiennent toutes deux ce type de disposition.

<sup>255</sup> United States, *United States Model Bilateral Investment Treaty* (2012) at Art 12(5), <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf> [modèle américain de TIB].

<sup>256</sup> Annexe 405.1(4) (« Il est entendu qu'une Partie peut, en conformité avec le présent accord, adopter ou maintenir une norme ou mesure normative pour réaliser un objectif légitime, et qu'elle peut, afin d'atteindre cet objectif, fixer le niveau de protection qu'elle estime approprié. »; annexe 405.2(4) (« [u]ne Partie peut adopter ou maintenir les mesures réglementaires ou régimes réglementaires qu'elle estime nécessaires ou appropriés pour réaliser un objectif légitime. »).

admissible aux obligations d'une Partie, la mesure doit également répondre aux exigences de l'article 404 (b)–(d). Alors que le rapport publié par le tout dernier groupe spécial a interprété les obligations de l'article 404 *b*) à *d*) comme étant en dehors de la portée de la formulation de détermination unilatérale par les autorités de l'article 905,<sup>257</sup> la construction de la formulation autodéterminante ne relève pas de l'article 404, et uniquement applicable à l'aspect d'« objectif légitime » de la clause d'exception est inutilement complexe et accroît le risque d'interprétation incohérente à l'avenir.

#### 4.3.6. Attribution de mesures à un État

Dans le cadre des accords d'investissement bilatéraux, l'État est responsable des interventions des organes de l'État qui sont incompatibles avec les engagements pris en vertu du traité. Si l'accord ne définit pas de manière concluante les circonstances dans lesquelles une entité particulière est considérée comme un organe de l'État, afin d'attribuer la responsabilité d'une mesure incompatible, les tribunaux peuvent faire appel aux règles d'attribution prévues par les *Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*<sup>258</sup>.

L'article 4 des *Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* prévoit les principaux moyens d'attribution, précisant que la conduite de tout organe de l'État sera considérée comme un acte de l'État aux fins de la responsabilité internationale. L'article 8 va plus loin, englobant les actes et omissions d'une personne morale dont la conduite est autorisée par l'État, soit directement, soit indirectement<sup>259</sup>. Lorsqu'une entité juridique est généralement, mais pas complètement contrôlée par un État et que celle-ci engage une opération constituant une violation des engagements de l'État en vertu du traité, un tribunal déterminera si l'opération en question est effectivement contrôlée par l'État.

L'ACI établit une distinction entre différents niveaux d'autorité compétente d'un État et qui créent une échappatoire, par laquelle une entité juridique exerçant un pouvoir délégué par une Partie à l'ACI peut mettre en œuvre une mesure incompatible avec les engagements de la Partie, mais sans aucun recours à la disposition des parties. Les règles générales de l'attribution prévoient une approche fondée sur des principes veillant à ce qu'un État ne puisse échapper à la responsabilité des actions qui constituent une violation des obligations par pouvoir délégué à une entité non étatique sans lien de dépendance. En revanche, la « mesure des obligations » prévue à l'article 102 de l'ACI distingue les niveaux et les formes de pouvoirs délégués de l'État, et chaque chapitre sectoriel modifie la mesure dans laquelle ces divers ordres de gouvernement doivent se conformer aux obligations en vertu de l'Accord.

---

<sup>257</sup> *Québec – Margarine colorée*, 2005, p. 28 (« Les rédacteurs de l'article 404 de l'AIT avaient clairement l'intention de conférer aux groupes spéciaux de règlement de différends la compétence de déterminer si une mesure qui a pour objet d'atteindre un objectif légitime répond également aux exigences supplémentaires prévues aux alinéas *b*) à *d*). Un groupe spécial doit être satisfait que la mesure vise à réaliser un objectif légitime. Alors que satisfaire à ce critère est nécessaire, ce n'est pas suffisant pour défendre la mesure »).

<sup>258</sup> Commission du droit international, *Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (novembre 2001), [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

<sup>259</sup> *Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, p. 47.

#### 4.3.7. Délais de prescription

Des délais de prescription sont de plus en plus souvent intégrés aux accords internationaux en matière d'investissement. Aux termes de l'entente, un investisseur doit soulever une objection à une infraction présumée et la perte ou les dommages issus de cette violation dans un délai déterminé. L'événement déclencheur du délai de prescription est habituellement défini à partir de la date à laquelle l'investisseur a pris connaissance ou aurait dû prendre connaissance de la violation et de la perte ou du dommage subi en conséquence.

Par exemple, l'article 22 du *modèle canadien d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers* (APIE) prévoit qu'« un investisseur ne pourra soumettre une plainte à l'arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi<sup>260</sup> ».

Le délai de prescription de l'ACI s'applique lorsqu'une personne cherche à porter plainte contre la violation de l'Accord. Les différences significatives, toutefois, veulent que les délais de prescription inscrits dans les accords internationaux en matière d'investissement soient cruciaux dans le calcul et l'atténuation des dommages. Puisque les parties éventuellement responsables du montant global des pertes découlant d'une contravention, la raison d'être du délai de prescription consiste à limiter la capacité d'une personne ou d'une entreprise à ne rien faire pendant qu'elle subit des pertes du fait d'une contravention, pour demander plus tard le règlement des demandes d'indemnisation. Le délai de prescription sur les actions intentées par des particuliers en vertu de l'ACI fait essentiellement office de mécanisme de qui permet aux Parties de continuer d'enfreindre leurs obligations lorsqu'une personne omet de s'opposer à une telle violation dans les délais prescrits. Cela va à l'encontre du principe prévu par l'Accord qui consiste à éliminer les barrières au commerce dans la mesure du possible.

#### 4.3.8. Consultation

Comme l'ACI, de nombreux accords internationaux en matière d'investissement exigent une forme de consultation avant que les parties ne soient autorisées à engager une procédure arbitrale. Typiquement, l'investisseur invoquant une violation du traité est tenu de tenter de régler le différend à l'amiable. Par exemple, le traité bilatéral d'investissement entre l'Allemagne et la Chine conclu en 2003 : « tout différend entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante *doivent* trouver dans la mesure du possible un règlement à l'amiable entre les parties au différend<sup>261</sup>. »

La nature précise de cette obligation est parfois incertaine, l'exigence s'apparentant davantage à ce que l'on dénomme un « période d'attente ». Le TBI entre la Chine et l'Allemagne prévoit en outre : « si le différend ne peut être réglé dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle il a été soulevé par l'une des parties au différend, à la demande de l'investisseur de l'autre État

---

<sup>260</sup> Canada, *modèle canadien d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers* (APIE) (2004), <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> à l'art. 22 [modèle canadien d'APIE].

<sup>261</sup> *Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments* (1<sup>er</sup> décembre 2003), 2362 UNTS 253 (entré en vigueur le 11 novembre 2005), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/736> à l'article 9(1).

contractant, celui-ci sera soumis à une procédure arbitrale<sup>262</sup> ». Cette exigence n'impose notamment aucune obligation particulière d'entamer des négociations formelles, autre que le soulèvement du différend auprès de l'État hôte. D'autres accords internationaux en matière d'investissement comportent des obligations de consultation et de négociation plus précises, qui exigent des parties qu'elles « s'efforcent » de régler leurs différends<sup>263</sup>. « Bien que ce type de disposition encourage manifestement les parties à entreprendre des négociations, ces dernières ne sont pas clairement définies<sup>264</sup> ».

Les accords internationaux d'investissement prévoient des degrés de précision variables concernant les exigences de signification d'un différend et des procédures de négociation ou de consultation. Le *TIB conclu entre le Mexique et Singapour*<sup>265</sup>, par exemple, comprend une exigence selon laquelle les investisseurs doivent déposer par écrit un avis de différend ou un avis d'intention de soumettre une demande à l'arbitrage. Le chapitre de l'investissement de *l'accord de libre-échange entre le Canada et la Colombie* exige que « [l]es consultations se tiennent dans les 30 jours du dépôt de la notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, à moins que les parties contestantes n'en aient convenu autrement<sup>266</sup>. »

Les tribunaux d'arbitrage de différends relatifs aux traités d'investissement ont rendu des décisions contradictoires sur la question de savoir si l'exigence voulant que les parties tentent de trouver un règlement à l'amiable est d'ordre juridictionnel ou procédural. Dans l'affaire *Burlington Resources v Ecuador*, le tribunal a conclu que la requête de l'investisseur était irrecevable, car l'investisseur avait seulement avisé l'État hôte du différend au moment de son dépôt auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) aux fins d'arbitrage. Il s'agissait d'une violation de l'obligation en vertu du *TIB conclu entre les États-Unis et l'Équateur* qui exige des parties qu'elles attendent six mois à partir de la date de l'avis de soumission d'un différend par l'arbitrage. Le tribunal a noté que cette violation de l'accord a privé le « répondant de l'opportunité... de régler le différend avant qu'il ne soit soumis à l'arbitrage<sup>267</sup> ».

Alors qu'ils partent du même principe, que la période d'attente de six mois dans le *TIB conclu entre le Royaume-Uni et la Tanzanie* avait pour objet de « favoriser des possibilités de règlement à l'amiable », le tribunal a également conclu que la période d'attente avait pour but « de ne pas entraver ou gêner les procédures d'arbitrage lorsqu'un tel règlement n'est pas possible<sup>268</sup> ». Un autre tribunal a expliqué que de telles dispositions peuvent être négligées « en particulier lorsqu'il ressort des faits de l'affaire que toute tentative de consultation ou de négociation aurait été en

---

<sup>262</sup> *TIB Chine-Allemagne*, article 9(2)

<sup>263</sup> Voir par exemple *TIB Éthiopie-Espagne* (2006), article 10(1) ou *TIB Liban-Slovaquie* de 2009, article 8(1).

<sup>264</sup> CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p. 56.

<sup>265</sup> *An Agreement between the Government of the United Mexican States the Government of Singapore on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 12 novembre 2009, (entré en vigueur le 3 avril 2011), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/136/treaty/2538>.

<sup>266</sup> *Free Trade Agreement Between Canada and the Republic of Colombia*, 21 novembre 2008 (entré en vigueur le 15 août 2011), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=engat> à l'article 821 (italique ajouté).

<sup>267</sup> *Burlington v Ecuador* (2 juin 2010), ICSID Case No. ARB/08/5, « Decision on Jurisdiction », <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0106.pdf> aux par. 312 et 315.

<sup>268</sup> *Biwater Gauff v Tanzania*, dépens, (24 juillet 2008), ICSID CASE NO. ARB/05/22, dépens aux par. 343 et 344.

vain<sup>269</sup>. » Dolzer et Schreuer constatent que la question déterminante dans de telles affaires semble être « s'il y avait une possibilité prometteuse de parvenir à un règlement<sup>270</sup>. »

L'ACI impose deux exigences procédurales de consultation différentes, selon s'il s'agit d'une partie ou d'une personne plaignante. Comme il a été constaté à la section 3.1 ci-dessus, une partie doit demander des consultations par avis écrit et préciser la mesure contestée en place ou prévue, la disposition pertinente de l'ACI ainsi qu'un résumé de la plainte<sup>271</sup>. Malgré le fait que l'Accord n'impose aucune exigence procédurale concernant le devoir de consulter, une demande de constitution d'un groupe spécial ne peut être déposée avant 120 jours après la date de réception de la demande de consultation<sup>272</sup>.

Une personne, en revanche, n'est pas tenue par l'Accord d'entrer en négociations ou en consultations, lorsqu'un examinateur a approuvé sa demande d'engager des procédures en vertu de l'article 1714. De plus, les exigences de soumission d'une demande à un examinateur en vertu de l'article 1714 ne précisent ni explicitement ni directement les éléments nécessaires à l'introduction d'une requête auprès d'un examinateur<sup>273</sup>. Nonobstant cette lacune procédurale dans l'Accord, la capacité à contourner les consultations est soumise à la volonté de la partie répondante à renoncer à l'exigence de consultation.

D'après la formulation actuelle, les Parties ne peuvent éviter la période d'attente de 120 jours avant de lancer la procédure d'arbitrage. Cette exigence procédurale permet à une Partie de différer la constitution d'un groupe spécial, sans devoir mener des consultations de bonne foi dans le but de régler le différend.

#### 4.3.9. *Stare Decisis*

L'une des principales critiques relatives à l'arbitrage est l'incohérence des décisions rendues par les tribunaux, ce qui donne lieu à des interprétations divergentes de dispositions identiques ou semblables du traité. « Les interprétations incohérentes ont suscité une incertitude quant à la signification des principales obligations de traité et une absence de prévisibilité concernant leur application aux différends futurs<sup>274</sup>. »

L'absence d'une règle officielle de *stare decisis* dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement est justifiée par le fait que les tribunaux, à quelques exceptions près, interprètent différents traités d'investissement bilatéraux. Alors que l'application de principes d'interprétation cohérents est sans doute appropriée, l'application systématique d'une même définition à différents

---

<sup>269</sup> *Occidental v Ecuador* (9 septembre 2008), ICSID Case No. ARB/06/11, décision sur la compétence, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0577.pdf> at para 94.

<sup>270</sup> Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2<sup>e</sup> éd (Oxford: Oxford University Press: 2012), p. 270.

<sup>271</sup> Article 1702.1(1)

<sup>272</sup> Article 1703(1).

<sup>273</sup> Afin d'engager des procédures en vertu de l'article 1712, une personne doit d'abord demander à une partie d'engager des procédures en leur nom, sous réserve que la personne ait un « lien substantiel et direct » avec la province de la Partie. Cette précondition s'ajoute à celles figurant à l'article 1713(3).

<sup>274</sup> CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel », p. 27.

traités constituerait un manque de cohérence. Même lorsque les tribunaux interprètent les mêmes traités, il n'y a aucune hiérarchie des pouvoirs entre les tribunaux ponctuels. Par conséquent, le système ne dispose pas d'une structure formelle qui faciliterait l'interprétation uniforme et cohérente de la signification de dispositions particulières.

Cette réticence tient peut-être en partie à une préoccupation parmi les États parties aux accords internationaux d'investissement que l'interprétation des obligations en vertu d'une entente par des tribunaux arbitraux ponctuels serait contraire aux intentions initiales des parties. Il se peut que cette même inquiétude soit la raison pour laquelle les décisions du groupe spécial de l'ACI n'ont pas valeur de précédent.

Afin d'empêcher les tribunaux d'adopter des interprétations variables des règles du traité, dans certains cas, certains accords internationaux d'investissement accordent aux parties contractantes le droit de fournir des interprétations du traité authentiques et faisant autorité<sup>275</sup>. Par exemple, en 2001, la Commission du libre-échange de l'ALENA a publié une note interprétative sur l'obligation des parties à accorder un « traitement juste et équitable » aux investisseurs en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA<sup>276</sup>.

#### 4.3.10. *Amici Curiae*

La possibilité d'intervention des tiers (en qualité d'*amici curiae*, ou « amis de la cour ») aux audiences du groupe spécial est essentielle à l'accroissement de la transparence du processus d'arbitrage<sup>277</sup>. Un tribunal constitué en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA a été le premier tribunal administratif d'investissement à autoriser la participation d'*amici curiae*.

Les parties à l'ALENA ont par la suite diffusé une note explicative d'orientation sur les critères que devraient appliquer les tribunaux dans leur décision d'autoriser la participation de tiers aux procédures, « entre autres, dans quelle mesure :

- a) le mémoire de la tierce partie aidera le tribunal à se prononcer sur des questions de fait ou de droit rattachées à l'arbitrage en offrant une perspective, des connaissances ou des idées particulières qui sont différentes de celles des parties contestantes;
- b) le mémoire de la tierce partie aborde des questions liées à l'objet du différend;
- c) l'arbitrage présente un grand intérêt pour la tierce partie;
- d) la question soumise à l'arbitrage est d'intérêt public<sup>278</sup>. »

---

<sup>275</sup> L'article 17(2) du TIB entre le Mexique et Singapour (2009) prévoit que : « une interprétation conjointement formulée et convenue par les Parties contractantes à l'égard de toute disposition du présent Accord lierait tout tribunal constitué en vertu du présent article ». Interprétation issue des processus institutionnels : l'ALE Japon-Mexique (2004) crée un comité mixte qui est habilité, entre autres, à adopter des interprétations de l'ALE qui lient les tribunaux (articles 84 et 165).

<sup>276</sup> Commission du libre-échange de l'ALENA, Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (31 juillet 2001), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>.

<sup>277</sup> Pour un aperçu d'*amici curiae* dans l'arbitrage en matière d'investissement voir J Anthony VanDuzer, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation » (2007) 52 McGill L J 681, <http://ssrn.com/abstract=1140865>.

<sup>278</sup> Commission du libre-échange de l'ALÉNA, Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation

Ces dispositions ont également été incluses dans le *modèle canadien d'APIE*. En 2006, le CIRDI a modifié ses règlements et autorisé explicitement les tribunaux à permettre la participation d'*amicus* aux affaires traduites par un tribunal établi en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI<sup>279</sup>.

En revanche, l'ACI ne prévoit aucun mécanisme par lequel des tierces parties peuvent présenter des observations pertinentes devant un groupe spécial. Les parties provinciales sont souvent aux prises avec des intérêts opposés dans un différend commercial en vertu de l'Accord. Les parties ont pris un engagement en faveur de la libéralisation, et défendent en même temps certains intérêts locaux et régionaux qui exigent ou demande une protection. À la lumière de sa portée élargie, l'accord prévoit la prise de mesures par les parties dans le but d'atteindre des objectifs légitimes, dans l'intérêt de la transparence, il est fort justifié que de tierces parties interviennent et présentent des observations à différents stades des procédures de règlement de différends.

#### 4.3.11. Procédures sommaires

Les accords internationaux d'investissements y compris des procédures variées afin d'éviter les plaintes frivoles. Certains traités prévoient une procédure rapide dans laquelle le tribunal détermine la question préliminaire en réponse à l'objection d'un État répondant au motif que la requête est juridiquement viciée. Aux fins de l'évaluation de l'objection, le tribunal suppose que les faits allégués par le répondant sont véridiques. C'est à l'État opposant de démontrer si les faits allégués sont véridiques, la requête « n'est pas une réclamation pour laquelle une décision en faveur du demandeur peut être rendue<sup>280</sup> ». Autrement dit, les circonstances priment la requête d'un fondement juridique, et est ainsi « vouée à l'échec<sup>281</sup> ».

Par contraste, le modèle canadien d'APIE prévoit une disposition plus étroite, limitant la portée potentielle des objections à la « compétence et à l'admissibilité ». L'article 37 prévoit : « Lorsque des questions relatives à la compétence ou à l'admissibilité sont présentées sous forme d'objections préliminaires, un tribunal, dans la mesure du possible, tranche la question *avant de se pencher sur le bien-fondé de la plainte*<sup>282</sup>. » Il revient au tribunal de décider si une objection à sa compétence devrait être traitée comme une question préliminaire<sup>283</sup>.

Parallèlement, en 2006, le CIRDI a ajouté un mécanisme à ses règlements d'arbitrage, qui permet à un répondant de s'opposer à des requêtes sur une base qui est « manifestement sans fondement juridique ». Lorsque les parties n'ont pas prévu de mécanisme accéléré afin de traiter des

---

d'une tierce partie (7 octobre 2004), [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/Nondispute\\_e.pdf](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/Nondispute_e.pdf) au par. 6.

<sup>279</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, « ICSID Convention, Regulations and Rules » (avril 2006), [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf) à la règle 37(2).

<sup>280</sup> *Modèle de TIB américain*, art. 28(4).

<sup>281</sup> Lee Caplan and Jeremy Sharpe, « 2012 Model BIT of the United States » dans Chester Brown, rédacteur, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 835.

<sup>282</sup> *Modèle canadien de 2004 d'APIE*.

<sup>283</sup> Newcombe, Andrew et Celine Lévesque, « Canada » dans Chester Brown, rédacteur, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

objections préliminaires du traité, le règlement d'arbitrage 41(5) du CIRDI exige qu'une partie s'opposant à une requête au motif qu'elle est « manifestement sans fondement juridique » doive « préciser le plus spécifiquement possible le fondement de cette objection. » Les Parties ont l'occasion de présenter leurs observations et faire des soumissions sur l'objection. La décision du tribunal « sera rendue sans porter préjudice au droit d'une partie de présenter une opposition en vertu du paragraphe (1) ou une objection, au cours de la procédure, au motif de l'absence de fondement juridique. » Le terme « manifestement » a été interprété comme s'appliquant aux « requêtes manifestement sans valeur<sup>284</sup> ».

#### 4.4. SYSTÈMES DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS ENGAGÉS PAR LES ÉTATS

Le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le « Mémorandum d'accord sur le règlement des différends » — MARD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est apparu comme étant le premier mécanisme de règlement de différends parmi tous les accords régionaux, bilatéraux et multilatéraux confondus. Si la prolifération des accords commerciaux régionaux aux cours des dernières années a connu une expansion connexe des mécanismes de règlement de différends, en comparaison avec le MARD de l'OMC, ils ont été peu utilisés. À l'exception du Chapitre 11 de l'ALENA (Investissement) et le Chapitre 19 (Droits antidumping et compensateurs), seulement cinq mécanismes de règlement de différends de commerce régional ont montré des signes d'activité conséquents<sup>285</sup>. Cette absence d'activités est en partie attribuable au fait que les partenaires commerciaux ont choisi de faire appel à l'OMC plutôt qu'aux mécanismes de règlement prévus par leur accord commercial régional. Le Rapport sur le commerce mondial de 2011 a conclu que 82 sur 443 différends dont l'OMC a été saisie jusqu'en 2010 mettaient en cause des membres également partenaires dans le cadre d'accords commerciaux régionaux distincts qui prévoient leurs propres mécanismes de règlement de différends.

L'émergence du mécanisme ce que l'on qualifie de « quasi-judiciaire » de l'OMC au milieu des années 1990 représentait un important changement d'approche en matière de règlement de différends internationaux — centrée sur un mécanisme plus judiciaire et s'éloignant des mécanismes diplomatiques<sup>286</sup>. Depuis lors, les accords commerciaux régionaux ont évolué considérablement vers l'intégration de mécanismes de règlement de différends reposant en grande partie sur le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends prévu par l'Accord général sur

---

<sup>284</sup> *Trans-Global Petroleum, Inc v The Hashemite Kingdom of Jordan* (12 May 2008) ICSID Case No. ARB/07/25, « The Tribunal's Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules », <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0872.pdf>.

<sup>285</sup> Claude Chase, Alan Yanovich, Jo-Ann Crawford et Pamela Ugaz, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? » (10 juin 2013), Organisation mondiale du commerce, *Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper ERSD-2013-07*, [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201307\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201307_e.pdf).

<sup>286</sup> Claude Chase *et al.*, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? », p. 13 : « [d]epuis 2000, le nombre d'accords commerciaux régionaux (ACR) employant le modèle quasi-judiciaire a crû plus ou moins au même rythme que la croissance globale des ACR, alors que ceux utilisant le modèle politique ont connu un déclin relatif. En 2005, le nombre d'ACR appliquant le modèle quasi-judiciaire dépassait le nombre d'accords appliquant le modèle politique pour la première fois. À la fin de 2012, le modèle quasi-judiciaire était employé dans 147 ACR, alors que le modèle politique correspond à 69 ACR ».

les services douaniers et le commerce (GATT). Les dispositions du Chapitre 17 de l'ACI s'inspirent parallèlement du mécanisme actuel de règlement de différends.

Étant donné les similitudes à bien des égards des mécanismes procéduraux de règlement de différends entre le système de règlement de différends de l'OMC et l'ACI, la présente section compare comment le règlement de différends aux termes de l'ACI diffère du modèle de règlement de différends de l'OMC. Des approches distinctes et novatrices issues d'accords commerciaux régionaux seront examinées dans la mesure où elles sont différentes du modèle de règlement de différends prévu par l'OMC.

Les principes sous-jacents de tout système de règlement de différends visent la résolution équitable, opportune et efficace dans le but de trouver une solution mutuellement acceptable. Selon ses propres termes, l'OMC reconnaît que le système de règlement de différends « constitue la clef de voûte du système commercial multilatéral [...]. Sans un moyen de régler les différends, le système fondé sur les règles ne serait d'aucune utilité car les règles ne pourraient pas être appliquées<sup>287</sup>. » Alors que le système encourage la consultation entre les gouvernements concernés et le processus de règlement de différends accorde la possibilité de parvenir à une solution négociée, il est également reconnu qu'en vue de tirer parti des engagements à l'égard de la libéralisation en vertu du GATT, le système doit être en mesure de faire respecter sans délai et efficacement les obligations de ses membres.

Le mécanisme de règlement de différends est essentiel à l'exécution des obligations de l'OMC puisqu'il rend les infractions plus faciles à déceler, à prouver et à contester. L'applicabilité des règles commerciales, par l'entremise d'un mécanisme de règlement de différends, toutefois, promeut la capacité et l'exécution. Alors que la capacité se rattache à l'habileté du système à avoir recours à la force coercitive aux fins de la mise en conformité d'une partie, l'applicabilité se rapporte à la « vérifiabilité (lorsqu'une partie plaignante peut désigner une disposition dans l'accord commercial international et prouver la violation); l'observabilité (la capacité de déceler une infraction en premier lieu); et la mesure (la capacité à quantifier les dommages encourus en conséquence de la violation<sup>288</sup> ».

#### 4.4.1. Qualité pour agir

Une caractéristique déterminante du modèle international quasi-judiciaire de règlement de différends est le droit d'accès « automatique » à un mécanisme d'arbitrage par une tierce partie à une étape quelconque du processus de résolution de conflits<sup>289</sup>. Les parties à l'accord commercial

---

<sup>287</sup> Organisation mondiale du commerce, « Chapter 3, Settling Disputes » dans *Comprendre l'OMC* (Genève: Organisation mondiale du commerce, 2011), [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/understanding\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf).

<sup>288</sup> Claude Chase *et al.*, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? »; citant le Secrétariat de l'OMC, « Rapport sur le commerce mondial 2007 : Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : Qu'avons nous appris? » (OMC, 2007), pp. 155 à 162.

<sup>289</sup> Amelia Porges, « Dispute Settlement », dans Jean-Pierre Chauffour et Jean-Christophe Maur, rédaction, *Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook* (Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Banque mondiale, 2011), <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2329> à p. 473 (ce modèle est fondé sur le système de règlement de différends de l'OMC – initialement élaboré dans le cadre du

n'ont pas la capacité d'empêcher indéfiniment une partie plaignante d'engager des procédures de règlement de différends devant un arbitre indépendant.

L'OMC, comme la majorité des accords commerciaux régionaux, limite le droit d'intenter une action aux États parties au GATT. À la différence du règlement de différends entre un investisseur et un État, les accords commerciaux d'envergure régionale accordent rarement des dommages-intérêts découlant d'une contravention de l'accord. Les accords commerciaux sont axés sur le respect des obligations en vue de l'élimination précise et définie des barrières tarifaires. Les États sont en position de confirmer, d'observer et de quantifier les dommages particuliers du fait de l'obligation enfreinte<sup>290</sup>.

Les obligations prévues par les accords sur la protection des investissements sont considérablement plus amorphes, ce qui exige des États parties qu'elles s'abstiennent de prendre des mesures donnant lieu à la discrimination contre un investisseur étranger, que la mesure soit ou non discriminatoire sur la face. Parallèlement, puisque la *Constitution* canadienne interdit l'utilisation des barrières interprovinciales, les obstacles au commerce entre les provinces découlent souvent des normes et de réglementations gouvernementales divergentes et non du fait de formes directes de discrimination contre les personnes ou les entreprises des autres provinces. Les personnes privées sont directement touchées par de tels obstacles et sont, par conséquent, les mieux placées pour constater la perte d'avantages et quantifier le préjudice causé par une violation des obligations. Ainsi, bien que les mécanismes de règlement de différends limitent le droit d'action aux États parties à l'accord, il est raisonnable d'accorder un droit d'accès aux personnes privées étant donné la nature des règles et obligations prévues par l'ACI.

#### 4.4.2. Consultations

À la manière de l'ACI, le MARD de l'OMC encourage la consultation à titre de première étape du processus de règlement de différends. En fait, le mécanisme de règlement de différends dans tous les accords commerciaux relevant de la catégorie des processus « quasi-judiciaires » contiennent des dispositions prévoyant des consultations avant l'étape de procédure arbitrale de la résolution de conflits<sup>291</sup>.

Les parties sont enjointes à juger « si une action au titre des présentes procédures serait utile<sup>292</sup>. » En vertu de l'article 3(7) du MARD de l'OMC, les parties doivent attendre que la solution mutuellement acceptable obtenue par voie de consultation soit « compatible avec les visés. »

---

GATT – dans lequel un groupe spécial est convoqué ponctuellement avec le mandat limité à ce différend »).

<sup>290</sup> On peut soutenir que la majorité des différends commerciaux de l'ère moderne se rapportent aux barrières non-tarifaires moins explicites, au titre desquels les États sont en position relativement défavorable devant les acteurs privés s'agissant de les déceler et de les quantifier.

<sup>291</sup> Claude Chase *et al.*, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? », p 24.

<sup>292</sup> *Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (1999) 1869 UNTS 401 à l'art. 3(7), 33 ILM 1226, [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf) [DSU].

S'il est présumé que les parties mènent des consultations de bonne foi conformément aux principes et aux règles de l'ACI, le stade de consultation présente une faiblesse intrinsèque, c'est-à-dire que les provinces ont de multiples intérêts politiques empiétant sur leur position de négociation. Cela augmente la probabilité de négocier un compromis qui ne tient pas compte des règles et des principes de l'ACI, ou qui ne traite pas du préjudice subi par une personne privée particulière qui est laissée ainsi sans recours.

D'entrée de jeu, le MARD de l'OMC établit que le règlement sans délai des différends est essentiel à l'efficacité de l'OMC dans son ensemble. Pour ce faire, les parties au différend doivent respecter un calendrier rigoureux dès qu'une partie soulève un différend. Avant d'intenter des procédures devant l'Organe de règlement de différends (ORD) de l'OMC, les parties sont tenues de solliciter des consultations auprès de l'État Membre respectif. Si le Membre auquel la demande est adressée y répond, sauf accord mutuel, dans les 10 jours suivant la date de sa réception, il engage des consultations de bonne foi au plus tard 30 jours après la date de réception de la demande<sup>293</sup>. Si le Membre ne répond pas dans les 10 jours suivant la date de réception de la demande, ou n'engage pas de consultations au plus tard 30 jours, le Membre qui aura demandé l'ouverture de consultations pourra alors directement demander l'établissement d'un groupe spécial.

Malgré l'influence considérable qu'a eu le système de règlement de différends du GATT sur l'élaboration du mécanisme de règlement de différends, l'article 1702.1 ne prévoit pas de structure du processus de consultation aussi rigoureuse. Cette réalité a donné lieu à des négociations prolongées et inefficaces qui amenuisent la valeur des engagements aux termes de l'ACI.

Le MARD de l'OMC accorde dans son mandat un délai de 60 jours aux parties à partir de la date de réception d'une demande de consultation en vue de régler un différend. Cela incite la partie répondante à engager rapidement des négociations. Il convient également de constater que ces échéanciers sont assujettis à l'accord des deux parties au différend. En outre, « [s]i les consultations n'aboutissent pas à un règlement du différend dans les 60 jours suivant la date de réception de la demande de consultations, la partie plaignante pourra demander l'établissement d'un groupe spécial. Elle pourra faire cette demande dans le délai de 60 jours si les parties qui ont pris part aux consultations considèrent toutes que celles-ci n'ont pas abouti à un règlement du différend<sup>294</sup>. »

#### **4.4.3. Sélection et composition des groupes spéciaux d'arbitrage**

L'ACI adopte une approche semblable à celle de nombreux accords commerciaux régionaux — des groupes spéciaux ponctuels sont constitués en fonction d'un registre permanent d'arbitres possibles. Les subtilités de la nomination au registre ou de la sélection en vue de siéger à un groupe spécial particulier se distinguent d'autres accords similaires. Le choix des membres du groupe spécial demeure « en première instance, entre les mains des parties au différend<sup>295</sup> ». Si une partie omet de choisir le membre d'un groupe spécial dans un délai de 30 jours, le secrétariat choisira un arbitre. Il est crucial, dans le cadre de la nomination d'un groupe spécial, de faire en sorte qu'une partie récalcitrante ne paralyse pas le processus.

---

<sup>293</sup> MARD, article 4(3).

<sup>294</sup> MARD, article 4(7).

<sup>295</sup> Claude Chase *et al.*, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? », p. 26.

Toutefois, la procédure de nomination des membres des groupes spéciaux d'appel en vertu de l'ACI dévie considérablement par rapport au MARD de l'OMC. Ce dernier prévoit l'établissement d'un tribunal permanent d'arbitres qui se prononce sur les affaires en appel. Dans leur représentation des caractéristiques associées au règlement de différends dans les accords commerciaux régionaux, Chase *et al.* ont conclu que : « le contrôle judiciaire par voie d'appel n'est pas une caractéristique typique » des mécanismes de règlement de différends en matière de commerce régional. L'ACI prévoit un recours, mais il ne s'agit pas d'une instance permanente, à la différence des mécanismes de règlement de différends prévus par l'OMC, MERCOSUR, SADC et l'ANASE<sup>296</sup>.

La seule différence sur le fond entre les membres des groupes spéciaux de première instance et d'appel constitués en vertu de l'ACI est que les membres du groupe spécial d'appel sont tenus de posséder une expertise en droit administratif. L'ACI exige uniquement des groupes spéciaux constitués en première instance qu'un des membres ait une expertise en droit administratif. En revanche, l'Organe d'appel permanent de l'OMC est composé de sept personnes et les membres siègent par roulement à des groupes spéciaux composés de trois membres<sup>297</sup>. Les membres sont nommés pour un mandat de quatre ans, avec la possibilité de reconduction du mandat une seule fois. En vue de protéger l'impartialité des membres, les opinions exprimées par l'Organe d'appel restent anonymes<sup>298</sup>.

#### **4.4.4. Les pouvoirs de l'organe d'appel**

En vertu du MARD de l'OMC, une partie peut interjeter appel du rapport d'un groupe spécial, sur la base d'une question de droit ou d'interprétation juridique. L'article 1706.1(1) de l'ACI prévoit des motifs élargis d'appel par les parties. Cela comprend également le droit d'interjeter lorsque le groupe spécial « n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a de quelque autre manière outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer ». Alors que l'Organe d'appel dispose du pouvoir de « confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial<sup>299</sup> », un groupe spécial d'appel constitué en vertu de l'ACI a un pouvoir élargi de « substituer le rapport du groupe spécial, en tout ou en partie, *ou* renvoyer l'affaire au groupe spécial pour une nouvelle audience<sup>300</sup> ». Dans ce contexte, la capacité d'un groupe spécial d'appel à rendre une décision et à la réexaminer remet en question la règle de *stare decisis*.

Remarquablement, l'Organe d'appel de l'OMC n'a pas le pouvoir de renvoyer le rapport d'un groupe spécial de première instance, malgré des recommandations formulées en faveur de son introduction. Dans certains cas, l'Organe d'appel n'a pu régler certaines contestations en raison de

---

<sup>296</sup> Claude Chase *et al.*, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? », p. 30.

<sup>297</sup> MARD, article 17(1).

<sup>298</sup> MARD, article 17(11)

<sup>299</sup> MARD, art. 17(13).

<sup>300</sup> Article 1706.1(4) a) (italique ajouté).

constatations insuffisantes dans les rapports des groupes spéciaux<sup>301</sup>. Puisque l'Organe d'appel, comme le groupe spécial d'appel en vertu de l'ACI, est limité aux questions de droit, il a été avancé que la capacité à renvoyer certaines questions à un groupe spécial afin qu'il établisse d'autres faits permettrait d'économiser du temps et des ressources<sup>302</sup>.

#### 4.4.5. *Stare Decisis*

L'Organe d'appel applique uniquement les règles de l'OMC telles qu'elles figurent dans les accords visés. L'Organe d'appel n'a pas la compétence de modifier les droits et les obligations prévus par les accords de l'OMC<sup>303</sup>, à la manière d'un tribunal qui a le pouvoir d'élargir la common law, en l'absence d'une loi. Si l'Organe d'appel conclut qu'une mesure est incompatible avec l'obligation d'une partie en vertu d'un Accord, il s'agit d'une déclaration des obligations juridiques en vigueur imposées par l'Accord.

Toutefois, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*<sup>304</sup> a statué ce qui suit concernant la valeur du *ratio decidendi* aux fins de la constitution « d'une jurisprudence cohérente et prévisible » :

158. Il est bien établi que les rapports de l'Organe d'appel n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties.<sup>308</sup> Cela toutefois ne veut pas dire que les groupes spéciaux ultérieurs sont libres de ne pas tenir compte des interprétations du droit et du *ratio decidendi* figurant dans les rapports antérieurs de l'Organe d'appel qui ont été adoptés par l'ORD. [...]

160. La pratique de règlement des différends montre que les Membres de l'OMC attachent de l'importance au raisonnement exposé dans les rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés sont souvent cités par les parties à l'appui de leurs arguments juridiques dans les procédures de règlement des différends, et sont invoqués par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans les différends ultérieurs. En outre, lorsqu'ils adoptent ou modifient des lois et réglementations nationales touchant à des questions de commerce international, les Membres de l'OMC tiennent compte de l'interprétation juridique des accords visés donnée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés. Ainsi, l'interprétation du droit consignée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés devient partie intégrante de l'acquis du système de règlement des différends de l'OMC. Assurer « la sécurité et la prévisibilité » du système de règlement

---

<sup>301</sup> Voir par exemple « Canada - Mesures concernant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers » (1999), WT Doc WT/DS103/AB/R (rapport de l'Organe d'appel), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds103\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds103_e.htm).

<sup>302</sup> Steger, Debra, « Improvements and Reform of the WTO Appellate Body » dans Ernst-Ulrich Petersmann, ed, *Preparing the Doha Development Round: Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding* (2002) 41, <http://ssrn.com/abstract=2467284> aux pp. 62 et 63.

<sup>303</sup> MARD, articles 3.2 et 19.2.

<sup>304</sup> *États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique (plainte déposée par le Mexique)* (2008) WTO Doc WT/DS344/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, <http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/344ABR.doc> aux par. 158, 159-162 et note de bas de page n° 309.

*des différends [...] suppose que, en l'absence de raisons impérieuses, un organisme juridictionnel tranchera la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure.*

161. Dans la structure hiérarchique envisagée dans le Mémoire d'accord, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont des rôles distincts à jouer. [...]

Le fait que le Groupe spécial n'a pas suivi des rapports de l'Organe d'appel adoptés précédemment qui traitaient des mêmes questions *compromet la constitution d'une jurisprudence cohérente et prévisible clarifiant les droits et les obligations des Membres au titre des accords visés* ainsi qu'il est prévu par le Mémoire d'accord. [...] (italique ajouté)

L'existence d'un Organe d'appel permanent tient en partie au système *stare decisis* de fait, car cet organe a montré la volonté d'annuler toute décision d'un groupe spécial incompatible avec son interprétation des Accords visés.

En l'absence d'un groupe spécial d'appel permanent, le rôle d'un groupe spécial d'appel ponctuel constitué en vertu de l'ACI dans la constitution « d'une jurisprudence cohérente et prévisible » n'est pas clair. À la lumière des objectifs de l'ACI, les rapports entre les groupes spéciaux et les instances d'appel devraient être structurés de façon à encourager l'interprétation uniforme et cohérente des obligations des parties aux termes de l'ACI.

#### **4.4.6. *Amici Curiae***

L'acceptation de la participation de tierces parties en qualité d'*amici curiae* au processus de règlement de différends est très répandue parmi les accords commerciaux régionaux « quasi-judiciaires » bien que le degré d'acceptation varie. Chase *et al.* ont constaté qu' :

en vertu du modèle quasi-judiciaire, 28 mécanismes de règlement de différends (MRD) d'accords commerciaux régionaux (ACR) prévoient explicitement l'acceptation des mémoires amicus curiae; 43 MRD d'ACR prévoient explicitement des audiences publiques orales et/ou la publication des observations écrites des parties au différend; et 34 MRD d'ACR exigent explicitement la soumission de résumés non confidentiels dans les cas où les informations soumises par les parties au différend sont confidentielles.

L'article 13(2) du MARD de l'OMC permet à un groupe spécial de l'OMC de « demander des renseignements à toute source qu'il jugera appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. » Dans l'affaire *États-Unis — Crevettes*, l'Organe d'appel a interprété les termes « demander » et « toute source [...] appropriée » comme étant « d'une nature exhaustive » :

Nous considérons qu'un groupe spécial a aussi le pouvoir *d'accepter ou de rejeter* tout renseignement ou avis qu'il pourrait avoir demandé et reçu, ou *d'en disposer d'une autre façon appropriée*. Un groupe spécial a en particulier la possibilité et le pouvoir de déterminer *si des renseignements et des avis sont nécessaires* dans une affaire donnée, d'évaluer l'*admissibilité* et la *pertinence* des renseignements ou avis reçus et de décider

*quelle importance il convient d'accorder à ces renseignements ou avis ou de conclure qu'aucune importance ne devrait être accordée à ce qui a été reçu*<sup>305</sup>. »

L'interprétation de l'Organe d'appel s'étend au pouvoir discrétionnaire d'un groupe spécial à accepter les mémoires *amicus curiae* non sollicités. L'Organe d'appel a soutenu que le mot « demander » dans la formulation « demander des renseignements » ne devrait pas être interprété d'une manière excessivement « formelle et technique ». L'Organe d'appel a indiqué que, si ce pouvoir discrétionnaire devrait peut-être englober des consultations auprès des parties au différend, étant donné la portée du mandat d'un groupe spécial à demander des renseignements sans « retarder indûment le processus de groupe spécial », « à toutes fins pratiques et pertinentes, la distinction entre les renseignements “demandés” et “non demandés” disparaît » :

Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, *qu'il les ait ou non demandés*. Le fait qu'un groupe spécial peut *motu proprio* avoir été à l'origine de la demande de renseignements n'oblige pas, en soi, le groupe spécial à accepter et à prendre en compte les renseignements qui sont effectivement présentés. L'étendue du pouvoir conféré aux groupes spéciaux pour ce qui est de définir les processus d'établissement des faits et d'interprétation juridique montre clairement qu'un groupe spécial ne sera *pas* inondé, pour ainsi dire, de pièces non demandées, *à moins qu'il n'accepte d'être ainsi inondé*<sup>306</sup>.

La participation au processus de règlement de différends par des parties en qualité d'*amicus curiae* est considérée comme un important mécanisme procédural qui accroît la transparence et la légitimité du processus<sup>307</sup>. Alors que l'ACI permet à un organe décisionnel d'« obtenir de toute personne ou de tout organisme les renseignements et conseils spécialisés qu'il estime utiles » — une formulation d'envergure analogue à celle du MRD de l'OMC, la valeur potentielle de cette disposition est compromise par la capacité de l'une ou l'autre des parties participantes à empêcher l'intervention de ces tiers.

#### **4.4.7. Réexamen intermédiaire**

Le processus de MDR de l'OMC prévoit un stade de réexamen intermédiaire, dans lequel un groupe spécial présente sa décision préliminaire aux parties qui comprend une section descriptive (un résumé des faits et des arguments avancés) ainsi que les constatations et les conclusions de l'organe. Le groupe spécial fixe un délai durant lequel les parties peuvent « demander par écrit que celui-ci réexamine des aspects précis de son rapport intérimaire avant de distribuer le rapport final aux Membres. A la demande d'une partie, le groupe spécial tiendra une nouvelle réunion avec les

---

<sup>305</sup> *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (plainte déposée par la Malaisie)* (1998) WTO Doc WT/DS58/AB/RW, rapport de l'Organe d'appel, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds58\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm) au par. 104.

<sup>306</sup> *États-Unis – Crevettes* au par. 108.

<sup>307</sup> Claude Chase *et al.*, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? », p. 41.

parties pour examiner les questions identifiées dans les observations présentées par écrit<sup>308</sup>. » Le réexamen intermédiaire était censé donner l'occasion aux parties de « négocier à l'ombre de la loi » et de régler leurs différends à la lumière des décisions du groupe spécial, et de proposer par le fait même un mécanisme procédural moins onéreux afin de composer avec la clôture du groupe spécial. Il a été avancé que ce dernier objectif n'a pas été atteint<sup>309</sup>, les parties refusant de donner une réponse à l'étape intermédiaire, de façon à empêcher que les arguments soient abordés par le groupe spécial et soulevés en cas d'appel.

Néanmoins, environ 60 % des accords commerciaux régionaux, dont les mécanismes de règlement de différends sont considérés comme « quasi-judiciaires » par Chase *et al* prévoient une étape de réexamen intermédiaire dans le cadre des procédures de règlement de différends<sup>310</sup>.

#### **4.4.8. Adoption des rapports des groupes spéciaux par l'ORD**

L'une des principales innovations structurelles du MARD de l'OMC réside dans le fait que les décisions rendues par un groupe spécial de règlement de différends sont, en fait, seulement des recommandations. Un groupe spécial aide l'Organe de règlement des différends (ORD) à statuer ou à formuler des recommandations. Avant qu'un rapport devienne officiel, l'ORD doit l'adopter. Toutefois, le système est prédisposé à l'adoption, car il faut établir un consensus parmi les membres afin de rejeter le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Les Membres du MARD ont cependant la possibilité d'exposer par écrit les raisons de leurs objections au rapport d'un groupe spécial avant son examen et son adoption<sup>311</sup>.

L'adoption par défaut d'un rapport en l'absence d'un consensus par l'ORD a pour fonction de favoriser l'adoption et de défavoriser les écarts radicaux par rapport des obligations prévues dans le texte de l'Accord. Elle agit à titre de mesure de sauvegarde supplémentaire, accordant à l'OMC un contrôle sur les interprétations des Accords visés, dans le cas où celles-ci sont jugées trop éloignées de l'intention des membres.

L'ACI ne prévoit aucune disposition équivalente permettant aux provinces d'examiner ou de rejeter le rapport d'un groupe spécial ou encore de s'y opposer. Même si le rapport d'un groupe spécial n'a pas force interprétative sur l'interprétation subséquente ni force juridiquement contraignante sur les membres, une disposition semblable à celle de l'OMC donnerait aux Parties à l'ACI le contrôle sur l'interprétation de l'Accord.

---

<sup>308</sup> MARD, article 15(2).

<sup>309</sup> Robert Hudec, « The New WRO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years » (1999) 8:2 *Minn J Global Trade* 1, p. 41.

<sup>310</sup> Claude Chase *et al.*, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? », p. 29.

<sup>311</sup> MARD, article 16(2).

#### **4.4.9. Requête des parties initiatrices**

Enfin, le MARD prévoit une approche un tant soit peu unique relativement fardeau de la preuve. L'article 3(8) stipule que :

Dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. En d'autres termes, il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres parties à l'accord visé, et il appartiendra alors au Membre mis en cause d'apporter la preuve du contraire.

Pourtant cette position va à l'encontre de l'approche adoptée en vertu de l'ACI, où le fardeau de la preuve revient à la partie initiatrice et il incombe à cette dernière à la fois d'exposer et d'établir les dispositions pertinentes de l'Accord présumées enfreintes et de définir le préjudice ou le refus d'avantages réel ou éventuel causé par la mesure.

## 5. CONCLUSION

La présente évaluation du mécanisme de règlement de différends de l'Accord sur le commerce intérieur a été entreprise en vue de vérifier s'il y avait lieu de modifier le mécanisme afin de répondre plus effectivement aux objectifs de l'Accord. L'Accord a pour objet de promouvoir un marché intérieur ouvert, performant et stable, propice à la création d'emplois, à la croissance économique et à la stabilité économique à long terme, en réduisant dans la mesure du possible, les obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada. La mise en œuvre de l'ACI est une initiative visant à équilibrer les intérêts du consommateur, des entités du secteur privé et des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. En outre, le mécanisme de règlement de différends semble être un microcosme des désaccords initialement inscrits dans la *Constitution* canadienne entre le « pouvoir du gouvernement fédéral sur les échanges commerciaux » (article 91) ainsi que les pouvoirs économiques conférés aux provinces en vertu de l'article 92. Par conséquent, l'Accord semble être centré sur la prévention de nouvelles barrières commerciales, il ne propose donc guère d'intérêt en vue de l'élimination des obstacles existants. La version initiale de l'ACI a également établi un mécanisme de règlement de différends sans mécanisme de suivi de la conformité ayant force exécutoire.

Le mécanisme de règlement de différends de l'ACI met l'accent sur la consultation et la médiation entre les gouvernements, ce qui aboutit à un arbitrage ponctuel. En fait, les données probantes limitées à disposition laisse entrevoir que le processus de règlement de différends aux termes de l'ACI se concentre sur la prévention plutôt que sur la résolution de litiges. L'analyse réalisée dans le cadre du présent rapport permet de déduire trois grands principes à partir de la structure de mécanisme de règlement de différends de l'ACI — la primauté des négociations et de la conciliation, la priorité du règlement de différends entre gouvernements ainsi que la conformité volontaire non exécutoire. Ces principes peuvent contribuer à la compromission de l'objectif du mécanisme de règlement de différends qui consiste à incarner également les valeurs suivantes : la crédibilité, la transparence, l'efficacité, l'accessibilité, l'opportunité et la disponibilité publique.

L'analyse menée dans la présente étude laisse également entrevoir que l'exigence de consultation du mécanisme de règlement de différends, dans sa formulation actuelle, compromet l'intégrité de l'Accord même. Normalement, l'instauration d'un ensemble de règles et de normes régissant les négociations entre les parties, lesquelles seraient assujetties à un *arbitrage indépendant par un tiers ayant force exécutoire*, donnerait lieu à des règlements conformes à une interprétation raisonnable de l'Accord. Toutefois, les caractéristiques de l'exigence de consultation prévue au Chapitre dix-sept rendent le processus susceptible à la manipulation et la compromission des normes et principes de l'Accord. Par exemple, le processus de consultation est fermé afin de favoriser les compromis sans préjudicier la procédure arbitrale. Cela expose le processus à des exceptions de complaisance et de quid pro quo par les parties aux engagements de l'Accord. Certains intervenants consultés ont constaté qu'une transparence accrue durant le processus de consultation fournirait un plus grand degré de certitude de la prise en compte de leurs inquiétudes au cours des négociations ainsi qu'une meilleure compréhension du règlement final du différend. L'absence de contrôle par un tiers est également préoccupante et offre peu d'assurances que le processus de consultation est productif et efficace. Il a été avancé que le processus de consultation devrait être dirigé afin d'établir des échéances entre les parties au différend, d'assurer le respect du calendrier, de présider les séances de consultation et de formuler des recommandations pour

régler les différends. Cela atténuerait les craintes que le délai minimal de 120 jours de consultations soit employé à titre de tactique dilatoire.

L'interaction structurée des chapitres à la Partie IV de l'Accord contribue à l'absence de transparence publique du processus de règlement de différends aux termes de l'ACI. L'Accord prévoit des engagements en vertu des chapitres verticaux ainsi qu'horizontaux. Les engagements aux termes des chapitres verticaux couvrent des secteurs particuliers, tels que les produits alimentaires et agricoles et les boissons alcoolisées. Les engagements en vertu des chapitres horizontaux couvrent des questions qui recoupent plusieurs secteurs industriels y compris les marchés publics, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre. Comme une partie de cartes en fin de soirée, nous constatons que les engagements du chapitre vertical prennent le dessus sur les engagements aux termes d'un chapitre horizontal, alors que les engagements au titre des chapitres 9 et du chapitre 11 de l'Accord surpassent tous les autres engagements, vertical ou horizontal. Puisqu'un groupe spécial de résolution de différends en vertu de l'ACI réexamine uniquement les obligations du chapitre au plus haut classement, le positionnement du chapitre sur le barème hiérarchique d'examen est fondamental.

Le fait que les chapitres sectoriels de l'ACI modifient la mesure dans laquelle les obligations s'appliquent à différents ordres de gouvernement rajoute à la complexité de l'Accord. Par conséquent, les provinces étendent l'applicabilité des dispositions de l'ACI aux organes quasi-gouvernementaux ou aux gouvernements régionaux et municipaux, en vertu de certains chapitres, mais non d'autres. Cette absence d'un système cohérent d'application mène à des procédures de règlement de différends plus formalistes et, en fin de compte, moins accessibles aux intervenants.

À l'autre extrême, nous remarquons l'incertitude concernant l'applicabilité et l'influence d'autres régimes juridiques et normes interprétatives sur l'interprétation du groupe spécial constitué en vertu de l'ACI. Nous soutenons qu'en raison de la place occupée par l'ACI au carrefour du droit national et international, ainsi que du droit public et privé, une définition plus explicite du rôle des normes et principes interprétatifs des systèmes juridiques externes rehausserait la prévisibilité de l'Accord.

Depuis la conclusion de l'ACI, 56 plaintes ont été soulevées conformément aux dispositions de l'Accord. Cet ensemble limité de données empêche de relever des tendances définitives. Cependant, il convient de remarquer que 20 différends ont été réglés au stade de consultations, alors que 18 se sont terminés après que la constitution d'un groupe spécial a été demandée ou effectuée et 5 différends ont été rejetés par des examinateurs. Ce que nous pouvons mesurer avec plus de certitude est la durée du processus de règlement de différends. Dans le cas de 13 dossiers réglés à l'étape de consultation, celle-ci a duré en moyenne 35,2 mois. Quant aux affaires dans lesquelles un groupe spécial a été constitué, le délai moyen de règlement des différends était de 41,2 mois. L'ACI a fait du règlement rapide de différends l'un de ses objectifs centraux, par conséquent, les données limitées indiquent que cet objectif d'opportunité n'est pas respecté en vertu du présent régime.

Un autre irritant soulevé par les intervenants durant le présent examen était l'absence d'un mécanisme d'application exécutoire de l'ACI sous sa forme actuelle (en particulier avant

l'adoption du quatorzième protocole). L'Accord prévoit quatre mécanismes par lesquels la conformité avec le rapport d'un groupe spécial est encouragée :

- Un groupe spécial d'imposer des dépens aux parties, notamment des sanctions pécuniaires, des coûts opérationnels et des dépens prévus au tarif;
- Il est interdit à une partie d'intervenir à des procédures de règlement de différends en vertu de l'Accord, d'après lequel si une Partie ne se conforme pas à l'ordonnance de verser les sanctions pécuniaires ou les dépens prévus au tarif, ou si un groupe spécial d'observation a déterminé qu'une Partie ne s'est pas mise en conformité avec l'Accord;
- Les rapports du groupe spécial détaillant les décisions sont rendus publics après 30 jours;
- Si dans un délai d'un an à compter de la date de publication du rapport du groupe spécial, la Partie n'a pas mis en conformité avec l'accord une mesure incompatible, à la suite de discussions avec le Comité des ministres sur le commerce intérieur, la Partie plaignante est autorisée à suspendre les avantages d'effet équivalent ou qui imposent des mesures de rétorsion d'effet équivalent contre le destinataire de la plainte.

Étant donné le caractère non exécutoire et volontaire de l'observation de l'ACI, nous soutenons que les personnes privées ont peu d'intérêt à recourir aux procédures de règlement de différends de l'ACI. Il se peut que certains exemples révèlent un mécanisme procédural aux fins du règlement de différends qui encourage l'adoption de conventions d'interprétation cohérente et uniforme de la portée des obligations des parties. Toutefois, nous supposons qu'une partie privée sera moins motivée à l'idée d'utiliser le mécanisme puisque la conformité est incertaine, en particulier lorsqu'aucun recours n'existe pour en appeler des décisions d'un groupe spécial de l'observation. Par ailleurs, une personne privée demeure assujettie au délai de prescription de deux ans à partir de la date à laquelle elle a pris connaissance de la mesure présumée incompatible, ainsi qu'au processus d'examen. Ces mesures peuvent avoir un effet dissuasif sur les personnes susceptibles de demander le règlement d'un différend en vertu de l'ACI.

Une préoccupation rattachée à la demande de constitution d'un groupe spécial pour le compte d'une personne d'une partie est l'existence de l'exigence d'un « lien substantiel et direct ». Il est inutile qu'un groupe spécial rejette immédiatement une plainte au motif qu'elle est sans fondement juridique puisqu'il ne peut être établi que l'exigence qu'une partie ait un « lien direct et substantiel » avec la personne est satisfaite. La capacité d'une partie à engager des procédures de règlement de différends pour *toute violation* des engagements de l'Accord, sans égard au fait que les effets d'une telle mesure sont ressentis à l'intérieur des frontières de la partie initiatrice, devrait rendre l'exigence d'un « lien direct et substantiel » redondant.

La disposition du quatorzième protocole de modification autorisant les parties à intervenir à des procédures de règlement de différends sur avis écrit est un changement accueilli favorablement. Le quatorzième protocole stipule également qu'un groupe spécial peut faire preuve de discrétion afin d'associer un intervenant ou une personne plaignante à des procédures une fois qu'un différend atteint le stade du groupe spécial. Cependant, l'Accord limite toujours la participation des tierces parties comme des défenseurs de l'intérêt public. Un groupe spécial peut uniquement

consulter des experts sous réserve du consentement de toutes les parties participantes à un différend. L'existence de ces restrictions est un rappel brutal du contexte historique de négociations de l'accord qui remémore l'époque indésirable du fédéralisme exécutif. L'autorisation de la participation des experts techniques et autres intervenants intéressés a le potentiel de conférer une légitimité au processus de règlement de différends et à l'Accord dans l'ensemble.

Depuis que l'ACI a été introduit, d'autres accords commerciaux ont été établis entre les provinces, notamment l'Accord sur le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre (ACIMMO), le nouvel accord de partenariat de l'Ouest (« NWPTA »), et l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario (ACCQO). L'ACIMMO, initialement signé par l'Alberta et la Colombie-Britannique est fondé sur une liste négative ou une stratégie d'ouverture axée sur le libre-échange. Par conséquent, le groupe spécial de règlement de différends en vertu de l'ACIMMO a compétence sur toutes les mesures associées au commerce, à l'investissement et à la main-d'œuvre. Le nouvel accord de partenariat de l'Ouest conclu entre la Colombie-Britannique, l'Alberta et la Saskatchewan emploie une approche semblable et a adopté le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en tant que règles de procédure d'un groupe spécial établi. Par conséquent, le mécanisme accorde plus de latitude pour la nomination et la consultation d'experts durant les procédures relevant du NWPTA, alors que le processus consultatif ne dure que 30 jours – une fraction du délai prévu pour ce processus en vertu de l'ACI.

L'ACCQO comprend un chapitre sur le règlement de différends qui est incontestablement plus allégé comparativement aux dispositions existantes de l'ACI. Bien qu'aucun droit privé d'action contre une partie ne soit conféré en vertu de l'Accord, les groupes spéciaux de l'observation constitués en vertu de l'ACCQO peuvent imposer des sanctions pécuniaires supérieures à celles prévues aux termes de l'ACI. De plus, ces sanctions reposent sur des critères plus exhaustifs que la seule population de la partie provinciale contrevenante.

La présente étude reconnaît l'inquiétude que le rôle accru des procédures arbitrales dans le règlement des barrières au commerce intérieur plutôt que les négociations provinciales pourrait inciter des intervenants motivés à déclencher la constitution de groupe spéciaux afin d'éliminer les normes du gouvernement provincial relatives à la protection de l'environnement ou du consommateur. On craint également par extension que les entreprises tentent de recourir à des groupes spéciaux qui n'ont pas de comptes à rendre afin de définir la portée des obligations des provinces en vertu de l'ACI, plutôt que d'aller devant les tribunaux. Nous soutenons que l'ACI tente d'établir l'équilibre entre la libéralisation du commerce intérieur et le respect de la souveraineté législative des provinces par voie d'exception au titre d'« objectifs légitimes ». En outre, un mécanisme de règlement de différends orienté par les personnes susceptibles de subir un préjudice économique ou un refus d'avantages en conséquence d'une violation de l'Accord est le système le plus efficace en vue de définir et d'établir la portée et l'application des engagements pris par les Parties.

Comparativement aux autres territoires de compétence fondés sur un régime fédéral, le recours au pouvoir fédéral en matière d'« échanges et de commerce » aux termes de la Constitution canadienne affiche un faible taux de succès dans la protection contre les barrières au commerce

interne adoptées par les provinces et l'élimination de celles-ci. De même, contrairement à d'autres États fédérés, l'union économique interne du Canada ne possède pas le soutien institutionnel qui exerce un rôle actif dans la levée des obstacles au commerce. Ainsi, nous concluons que les frontières économiques internes du Canada sont semblables aux frontières internationales, chacune des provinces fonctionnant comme un État investi d'une autorité législative souveraine. C'est dans ce contexte que nous avons examiné les mécanismes actuellement exploités par d'autres compétences conçus pour régler des différends entre les entités souveraines politiques. Nous avons procédé à cet examen en vue de déterminer comment le mécanisme de règlement de différends en vertu de l'ACI pourrait être modifié afin de relever et d'éliminer plus efficacement les barrières commerciales, tout en empêchant que de nouveaux obstacles soient érigés.

L'exercice comparatif initial entre l'ACI et les accords internationaux d'investissement (AII) a révélé que l'ACI prévoit un droit de recours plus limité pour les personnes privées d'intenter une action que la plupart des AII. La limitation est l'absence de qualité pour agir des personnes en vertu de l'ACI. Exiger le consentement préalable d'une partie à l'ACI en vue d'instruire une plainte invite le potentiel des tactiques de bras de fer et met potentiellement la province à laquelle est demandé le consentement en conflit d'intérêts. Il appert que les AII ont tenté de dépolitiser les différends économiques internationaux en passant d'un cadre d'État à État à la sphère du règlement privé de différends économiques.

Dans un accord international d'investissement, les États accordent une offre unilatérale de consentement à l'arbitrage par voie de la disposition pertinente de règlement de différends prescrite par l'accord. Cependant, l'offre d'arbitrage est opposable si et lorsque l'investisseur soulevant le différend l'accepte et ne peut être unilatéralement révoquée par un État. L'ACI implique que le consentement de la Partie à la constitution d'un groupe spécial d'arbitrage est conditionnel à l'obtention de la qualité pour agir auprès d'un examinateur.

L'application de l'ACI dans le temps est également source de préoccupation. Alors qu'en vertu de certains AII, les barrières à l'établissement d'un investissement peuvent relever de la compétence de ce tribunal, l'approche de l'ACI est alambiquée. Les Parties sont tenues en vertu de l'ACI de s'abstenir de mettre en œuvre des mesures qui font obstacle au commerce intérieur, limitent le mouvement des personnes ou traitent de manière discriminatoire les marchandises, les personnes, les services et les investissements d'une autre partie. Cependant, les définitions prévues par l'accord révèlent que les investissements et les services sont évoqués au présent et au futur. Par conséquent, même si les parties sont autorisées à déposer des plaintes devant un groupe spécial en ce qui concerne les projets de mesures, les personnes privées ne le sont pas. L'uniformité de l'application et des éclaircissements sur le langage figurant dans l'ACI pourrait aider à réduire ce niveau d'ambiguïté apparent.

À la différence de l'ACI, la plupart des AII (ainsi que le nouvel accord de partenariat de l'Ouest susmentionné) emploient une approche de liste négative quant aux obligations d'investissement. Les parties assujetties à des AII protègent leur autonomie législative en instaurant des dispositions d'exception. L'ACI, toutefois, privilégie un système de considérations qui au mieux sème la confusion et, au pire, fait activement obstruction, en ce qui concerne l'accès public à l'application des dispositions de l'Accord. Les parties sont autorisées en vertu de l'ACI à prendre des mesures enfreignant les obligations prévues aux articles 401, 402 et 403, lorsque celles-ci sont *admissibles*

à titre de mesures cherchant à atteindre un « objectif légitime ». Alors que l'article 200 définit le terme « objectif légitime », ses sous-composantes ne sont pas définies.

De nombreux AII stipulent aussi explicitement que les États sont responsables des actes de ses organes affiliés dans le cas où ceux-ci causent un différend. Comme il a été mentionné ci-haut, l'ACI adopte une approche variable de l'applicabilité selon le chapitre de l'accord applicable au différend en question. Cette approche entraîne le risque qu'un organe exerçant un pouvoir délégué par une Partie à l'ACI mette en œuvre une mesure incompatible avec les engagements de la partie, mais pour laquelle il n'y aurait aucun recours.

Notre examen comparatif a révélé que l'AII et l'ACI prévoient des délais de prescription pour les personnes désireuses d'intenter une action pour violation de l'accord. Cependant, l'intégration des délais de prescription semble avoir des effets divergents. En vertu de nombreux AII, les délais de prescription servent à calculer et à atténuer les dommages-intérêts. Inversement, les délais de prescription prévus par l'ACI agissent essentiellement comme un mécanisme autorisant les parties à demeurer en contravention de leurs obligations si une personne omet de soulever une objection à une telle contravention durant le délai imparti.

Nombre d'AII prévoient une exigence de consultation avant que les parties à un accord puissent engager des procédures arbitrales. Quoiqu'il existe des écarts concernant le degré d'obligation requis et la durée de la période de consultation, en général la période d'attente a pour objet de ne pas entraver la procédure arbitrale en cas d'impossibilité de parvenir à un règlement. En revanche, l'ACI impose aux plaignants deux exigences procédurales en matière de consultation, selon s'il s'agit d'une partie ou d'une personne désireuse d'engager des procédures de règlement de différends. Une partie doit demander des consultations par avis écrit précisant la mesure en vigueur ou proposée qui fait l'objet de la plainte, la disposition pertinente de l'ACI et court résumé de la plainte. Bien que l'ACI n'impose aucune exigence concernant la réalisation de l'obligation de consulter des parties, il est impossible de déposer une demande de constitution d'un groupe spécial avant 120 jours après la date de remise d'une demande de consultation. Or, une personne n'est pas tenue par l'Accord d'entrer en négociations ou de mener des consultations, si un examinateur a approuvé sa demande d'engager des procédures. Singulièrement, les exigences d'ordre procédural de soumettre une demande d'examen d'un différend à un examinateur ne précisent pas explicitement les exigences d'ouverture d'une demande auprès d'un examinateur.

Les tribunaux arbitraux constitués en vertu d'AII ont été critiqués pour avoir produit des décisions et des interprétations incohérentes. Puisque le principe juridique de *stare decisis* ne s'applique pas aux procédures de règlement de différends aux termes des AII, l'incertitude entoure la définition des principales obligations conventionnelles ainsi que l'imprévisibilité de leur application. Cette incertitude règne également en vertu de l'ACI. Nous émettons l'hypothèse que les Parties à l'ACI s'inquiètent que l'interprétation future des obligations par des groupes spéciaux ponctuels puisse donner lieu à des conventions imprégnées d'interprétations contraires au sens des intentions originales des parties.

Alors que l'ACI a historiquement fait peu ou pas d'efforts afin d'accueillir les observations des tierces parties, la participation des tiers aux audiences des groupes spéciaux exerce un rôle important sur l'accroissement de la transparence de la procédure arbitrale. L'ALENA, le modèle

canadien de l'APIE et le CIRDI autorisent tous l'intervention des tierces parties.

Nous maintenons qu'à la lumière de la vaste portée de l'accord, l'ACI devrait, dans l'intérêt de la transparence, permettre aux tierces parties d'intervenir et de présenter des observations à divers stades des procédures de règlement de différends.

La seconde analyse comparative menée dans la présente étude a examiné la mesure dans laquelle les dispositions de règlement de différends de l'ACI divergent de celles prévues par le Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Par exemple, le MARD de l'OMC contient une structure compartimentée conçue pour aboutir à un règlement des différends dans les plus brefs délais. Bien que le MARD a influencé l'élaboration des mécanismes de règlement de différends, aucune composante de la structure du MARD ne figure dans l'ACI.

Une autre source de différences a été trouvée dans le choix et la composition des membres de l'Organe d'appel. Le MARD établit un groupe spécial permanent d'arbitres qui rend des décisions sur les affaires en appel, alors que le recours en appel en vertu de l'ACI est ponctuel par nature, à condition que tous les membres de l'Organe d'appel soient tenus de posséder une expertise en droit administratif. Alors qu'en vertu du MARD une partie peut interjeter appel du rapport de l'Organe d'appel, l'ACI prévoit des motifs d'appel élargis. Par exemple, la décision d'un groupe spécial constitué en vertu de l'ACI peut faire l'objet d'un appel si le groupe spécial, « n'a pas observé un principe de justice naturelle, ou a excédé ou refusé d'exercer sa compétence ». De plus, l'Organe d'appel établi en vertu du MARD a le pouvoir de confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial. En revanche, un groupe spécial d'appel constitué aux termes de l'ACI peut substituer en tout ou en partie le rapport d'un groupe spécial, *ou* renvoyer l'affaire au groupe spécial pour une nouvelle audience. En gardant ces conclusions à l'esprit, nous formulons les recommandations suivantes.

## 6. RECOMMANDATIONS

L'analyse du règlement de différends de l'ACI et les recommandations proposées s'appuient sur deux principes : (1) que le mécanisme de règlement de différends de l'ACI, assorti des recommandations proposées, constitue l'outil de résolution de conflits le plus approprié aux fins du règlement de différends issus de l'ACI; (2) les valeurs et objectifs fondateurs élaborés initialement dans le Protocole d'entente sur les mesures visant à supprimer ou à réduire les entraves interprovinciales au commerce des produits agricoles et alimentaires devraient demeurer des principes directeurs.

Le Protocole d'entente a relevé, mais non défini, les valeurs et objectifs sous-jacents suivants : *crédibilité, transparence, efficacité, opportunité et nature publique*<sup>312</sup>. Ces objectifs sont distincts et interdépendants et ils se renforcent mutuellement. Par exemple, la transparence accrue du mécanisme de règlement de différends peut contribuer à sa crédibilité et à son accessibilité; l'opportunité peut contribuer à l'accroissement de l'efficacité et de la crédibilité. Cependant, l'efficacité est la force gravitationnelle du mécanisme de règlement de différends; il est sous-tendu par la réussite des autres et étaye à son tour cette même réussite.

Ces objectifs peuvent être atteints par voie de mise en œuvre des droits de fond et de mécanismes procéduraux; par exemple, conférer aux personnes la qualité pour agir directement ou des délais limités strictement observés. Cependant, mettre beaucoup trop l'accent sur la réalisation d'un objectif particulier risque de perturber l'équilibre délicat entre les objectifs et les intérêts. Par exemple, alors qu'améliorer l'accès aux procédures de règlement de différends permet d'accroître sa crédibilité, ce qui rajoute trop d'étapes procédurales afin d'y parvenir, peut négativement influencer sur l'opportunité globale du règlement.

Ainsi, si chaque proposition doit être évaluée en fonction de sa contribution aux objectifs de règlement de différends, il faut également tenir compte de l'équilibre plus large des intérêts de l'Accord. En particulier, l'inquiétude des Provinces qu'un arbitrage par un tiers de leurs engagements en faveur de la libéralisation des échanges mènera à l'abandon de leur souveraineté législative à adopter des mesures dans l'intérêt public. Cela dit, parmi nos principales considérations, nous avons tenu compte de critiques selon lesquelles le mécanisme actuel de règlement de différends prévu au Chapitre dix-sept protège la souveraineté législative des Provinces au dépens de l'établissement d'un système plus efficace de règlement de différends. En particulier, le statut juridique implicitement secondaire des personnes susceptibles de subir un préjudice en conséquence de mesures restrictives du commerce peut compromettre la crédibilité et l'efficacité de l'ACI afin de repérer les violations, de définir les engagements des parties et d'éliminer finalement les barrières commerciales.

Dans ce contexte, nous recommandons un équilibre de remplacement. Alors que le maintien du contrôle provincial sur l'interprétation et l'application des engagements inscrits dans l'Accord, les recommandations visent à éliminer plusieurs barrières qui pourraient autrement nuire à la détection

---

<sup>312</sup> Annexe 903.1 - Protocole d'entente sur les mesures visant à supprimer ou à réduire les entraves interprovinciales au commerce des produits agricoles et alimentaires, *Chapitre neuf - Produits agricoles et produits alimentaires*, dans mesures de l'Accord du commerce intérieur susceptibles d'influer sur le commerce intérieur des produits agricoles et des produits alimentaires, <https://www.ic.gc.ca/eic/site/ait-aci.nsf/fra/il00010.html#K> à II.3 (règlement de différends).

des violations, à définir les paramètres des obligations en vertu de l'ACI et la crédibilité et l'accessibilité globales de l'Accord.

Les recommandations suivantes sont réparties en trois sections : les recommandations concernant (1) la structure d'ensemble du mécanisme de règlement de différends; (2) les règles juridictionnelles applicables aux Chapitre dix-sept; et (3) les mécanismes procéduraux à la disposition des participants au différend. Chaque article relève des secteurs de préoccupation potentielle, et comment ils peuvent influencer l'atteinte d'objectifs définis — *crédibilité, transparence, efficacité, accessibilité, opportunité* et *nature publique*. Les propositions tiennent compte, s'il y a lieu, des mécanismes de règlement de différends semblables à l'échelle internationale. Les recommandations, qui sont proposées sous forme de faisceau, examinent l'équilibre des contributions et des intérêts en faveur des objectifs de règlement de différends.

Les recommandations sont regroupées en trois grandes catégories : la structure globale du mécanisme de règlement de différends relativement à l'Accord (section 6.1); les limites de compétence (section 6.2); et les mécanismes procéduraux à titre d'occasions d'affiner et d'améliorer la capacité du Chapitre dix-sept à atteindre les buts associés au règlement de différends (section 6.3).

## SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

### *Structure*

- Établir un registre permanent, limité et de roulement des membres du groupe spécial d'appel.
- Le Conseil doit approuver, par consensus renversé, tous les groupes spéciaux, les groupes spéciaux d'appel et les décisions de groupes spéciaux de l'observation de décisions.
- Rendre exécutoires les décisions rendues par les groupes spéciaux d'appel et lier les groupes spéciaux de première instance.

### *Compétence*

- Retirer la priorité interprétative des chapitres sectoriels verticaux sur les chapitres horizontaux et autoriser les groupes spéciaux à évaluer la cohérence d'une mesure avec les engagements de la Partie s'appuyant sur le bien-fondé d'une cause.
- Lorsqu'une mesure est incompatible avec les engagements inscrits au Chapitre quatre (Règles générales), mais ne relève pas de l'un des chapitres sectoriels définis, autoriser l'engagement de procédures de règlement de différends en vertu de la Partie A du Chapitre dix-sept.
- Consolider ou unifier la définition d'« objectif légitime » dans les chapitres sectoriels et suivant les besoins, diffuser des notes interprétatives concernant l'application à des secteurs particuliers.
- Autoriser les personnes afin d'engager des procédures relativement aux mesures envisagées qui n'ont pas provoqué un préjudice ou refus d'avantages par le biais du mécanisme de règlement de différends « entre gouvernements, pour le compte d'une personne ».
- Éliminer le délai de prescription qui s'applique aux personnes désireuses d'engager des procédures en vertu du Chapitre dix-sept.

### *Procédure*

- Les règlements négociés (par voie de consultation) doivent se conformer aux règles de fond de l'ACI.
- Élaborer un mécanisme par lequel les personnes peuvent officiellement contribuer ou participer au processus de consultation en vertu du processus de la Partie A.
- Élaborer un mécanisme d'appel limité à la disposition des personnes, au motif qu'un règlement négocié entre les parties n'est pas conforme aux règles de fond de l'ACI.
- Introduire l'intervention de facilitateurs sur demande durant l'étape de consultation.
- Établir un système formel, objectif et indépendant afin d'évaluer la demande d'engager des procédures en vertu du règlement de différends « entre gouvernements pour le compte d'une personne ».
- Dans le cadre du règlement de différends « entre gouvernements pour le compte d'une personne », éliminer l'exigence qu'un préjudice ou refus d'avantages soit subi par la personne « dans la province » et établir une présomption réfutable qu'une mesure incompatible avec les engagements de l'Accord constitue un préjudice ou un refus d'avantages.
- Éliminer et remplacer le processus d'examen prévu à la Partie B par une procédure sommaire statuée par un groupe spécial, à la demande de la Partie défenderesse.
- Éliminer la capacité des contestataires à bloquer la consultation d'un groupe spécial avec les experts et autres tierces parties non assujetties à l'Accord, et formaliser un mécanisme qui facilite la présentation d'observations auprès d'un groupe spécial par des groupes de défense de l'intérêt public.

## **6.1. STRUCTURE DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS**

### **6.1.1. Établir un registre permanent, limité et de roulement des membres du groupe spécial d'appel**

Les groupes spéciaux ou groupes spéciaux d'appel qui tranchent les différends sont des groupes spéciaux constitués ponctuellement. Si les groupes spéciaux d'appel et de conformité ont l'autorité explicite d'annuler ou de réformer les conclusions d'un groupe spécial de première instance, peu de choses dans l'Accord permettent d'établir un système d'interprétation cohérent d'un groupe spécial à l'autre, ou encore entre un groupe spécial d'appel et un groupe spécial ponctuel de première instance.

### **6.1.2. Le Conseil doit approuver, par consensus renversé, tous les groupes spéciaux, les groupes spéciaux d'appel et les décisions de groupes spéciaux de l'observation de décisions.**

Subordonner les décisions du groupe spécial d'appel et de première instance à l'approbation du Conseil des premiers ministres selon un consensus inversé, semblable aux pratiques de l'OMC, atténuerait effectivement les préoccupations concernant l'élaboration de normes interprétatives qui peuvent être contraires à l'intention des parties. Plutôt que d'être exécutoire une fois rendue, la décision du groupe spécial serait soumise à l'approbation par les Parties à l'ACI. Le modèle de

consensus inversé exige pour l'annulation de la décision d'un groupe spécial par le Conseil que tous les membres la rejettent. De plus, il peut être pertinent de négocier un calcul plus détaillé pour le consensus nécessaire afin de rejeter la décision d'un groupe spécial, compte tenu des intérêts régionaux, économiques ou autres des différents membres de l'ACI. Alors qu'un tel système peut soulever des préoccupations concernant l'opportunité étant donné la rareté des réunions du Conseil, il peut être possible de mettre en œuvre les mécanismes par lesquels le groupe spécial peut encourager l'élimination de la mesure incompatible (ou un autre type d'injonction semblable non contraignante) dans l'intervalle.

### **6.1.3. Rendre exécutoires les décisions approuvées rendues par les groupes spéciaux d'appel et lier les groupes spéciaux de première instance**

Le pouvoir d'interprétation d'un groupe spécial est retiré de la légitimité démocratique conférée à l'Accord et sa gouvernance par le Conseil des premiers ministres. Le Conseil est responsable des initiatives en vue de lever les barrières commerciales. Il est en mesure d'adopter des protocoles de modification variant les obligations de l'Accord et d'émettre des notes interprétatives afin d'orienter les arbitres dans l'interprétation de l'Accord.

L'absence d'un système fondé sur des précédents — selon lequel les décisions d'un groupe spécial d'appel lient directement les groupes spéciaux de première instance — compromet la capacité du mécanisme de règlement de différends à développer une interprétation cohérente et uniforme de la portée des commentaires de l'ACI. L'absence de valeur de précédent ne favorise pas la prévisibilité et la certitude, ce qui nuit à l'accessibilité du processus de règlement de différends, puisque les plaignants potentiels peuvent ne pas être en mesure d'évaluer la perspective de réussite.

Nonobstant la capacité du Conseil à émettre des « Notes interprétatives », les Provinces s'inquiètent peut-être qu'un système hiérarchique exécutoire puisse établir les interprétations de l'Accord qui vont à l'encontre des intentions des Parties. Dans la conception actuelle du système, les décisions des groupes spéciaux de première instance ou de l'observation ne sont pas juridiquement contraignantes et les outils d'application sont limités afin d'encourager la conformité. Cela peut permettre à une Partie en désaccord avec la décision d'un groupe spécial de reporter ou contrecarrer la conformité, ce qui a une incidence négative sur la crédibilité du système.

Il est donc recommandé que l'ACI adopte la hiérarchie explicite interprétative selon laquelle les décisions des groupes spéciaux d'appel sont exécutoires pour les groupes spéciaux de première instance. Cela favoriserait des interprétations cohérentes et fiables des obligations de l'ACI, préciserait la portée des limites juridictionnelles du mécanisme de règlement de différends et augmenterait la certitude et la prévisibilité pour les parties au différend. Il faudrait nécessairement pour ce faire mettre sur pied un registre permanent, voire selon un roulement, de membres des groupes spéciaux qui peuvent siéger aux groupes spéciaux d'appel, d'une manière analogue au système de l'Organe d'appel de l'OMC. Le système régissant l'Organe d'appel de l'OMC a été critiqué pour sa proportion élevée d'appels, ce qui mène à d'importants retards. Dans ce contexte et dans le cadre de l'ACI, il est recommandé d'envisager la mise en place de mécanismes additionnels afin d'encourager le règlement en temps utile des différends ou de limiter le nombre de cas pouvant être portés en appel. Par exemple, en rétrécissant le droit d'interjeter appel ou en

conférant au groupe spécial d'appel la capacité d'accorder une autorisation de recours dans certaines circonstances, ce qui limite le nombre de cas qui peuvent être portés en appel.

## **6.2. COMPÉTENCE**

### **6.2.1. Retirer la priorité interprétative des chapitres sectoriels verticaux sur les chapitres horizontaux et autoriser les groupes spéciaux à évaluer la cohérence d'une mesure avec les engagements de la Partie fondée sur le bien-fondé d'une cause.**

L'approche actuelle de l'Accord de définir et limiter les engagements des Parties aux secteurs verticaux et les catégories horizontales aux fins de la libéralisation des échanges a l'avantage d'assurer que les Parties demeurent aux commandes en limitant leur engagement en faveur de la libéralisation dans les limites de paramètres définis. Or, cette approche manque une occasion en or que présente le mécanisme de règlement de différends — à savoir, cerner et régler les différends en dehors des catégories définies et élargir la capacité de l'Accord à lever les barrières commerciales.

Lorsqu'une mesure relève de plus d'une catégorie, plutôt que de laisser les engagements aux termes d'un chapitre sectoriel l'emporte sur l'engagement d'un autre chapitre, l'Accord devrait accorder aux groupes spéciaux la capacité d'évaluer la mesure contestée et d'examiner quel chapitre a préséance en fonction d'une évaluation des preuves et d'une décision sur l'objectif principal de la mesure en question.

### **6.2.2. Lorsqu'une mesure est incompatible avec les engagements inscrits au Chapitre quatre (Règles générales), mais ne relève pas de l'un des chapitres sectoriels définis, autoriser l'engagement de procédures de règlement de différends en vertu de la Partie A du Chapitre dix-sept**

Nous recommandons un recours supplémentaire pour le règlement de différends qui ne tombent pas parfaitement dans l'un des chapitres sectoriels. Un tel système servirait de moyen de vérifier l'application des engagements de libéralisation des échanges en dehors des chapitres sectoriels définis. Cela vaut, en particulier, pour les cas susmentionnés (voir la section 2.4.1.3 ci-dessus) où les engagements de fond dans les chapitres particuliers ont pour effet d'exclure certaines réclamations. En vue d'assurer le contrôle des parties sur l'orientation interprétative des obligations de l'ACI, ce processus se limiterait uniquement aux différends entre gouvernements et les décisions seraient soumises à l'approbation du Conseil.

### **6.2.3. Consolider ou unifier la définition d'« objectif légitime » dans les chapitres sectoriels et suivant les besoins, diffuser des notes interprétatives concernant l'application à des secteurs particuliers**

Comme indiqué à la section 2.3.1, lorsqu'un enjeu recoupe plusieurs chapitres sectoriels, une interaction complexe entre les chapitres sectoriels définit le champ de compétence d'un groupe spécial. Celle-ci a une incidence négative sur l'accessibilité de l'Accord et obscurcit la compétence de fond des groupes spéciaux, faisant en sorte qu'il est difficile de déterminer quand les parties ou les personnes lésées peuvent légitimement demander un recours en cas de contraventions des obligations de l'ACI et cela alourdit le processus de règlement de différends dans son ensemble.

Cette complexité s'illustre particulièrement bien par les définitions divergentes d'« objectif légitime » inscrites dans les divers chapitres sectoriels ainsi que par la primauté des chapitres verticaux sur les chapitres horizontaux. Il est difficile de déterminer la valeur ajoutée de cette structure relativement à la protection accordée aux provinces dans les secteurs pertinents, et ce, au dépens de l'accessibilité.

Dans le but de réduire la complexité, de rationaliser le processus de règlement de différends et d'accroître l'accessibilité globale des éventuelles parties aux différends, nous recommandons d'éliminer les multiples définitions du terme « objectif légitime » dans les chapitres sectoriels et de restructurer la hiérarchie des engagements au titre des chapitres verticaux qui l'emportent actuellement sur les chapitres horizontaux. Nous recommandons l'adoption d'une seule définition du terme « objectif légitime » consolidée. Selon que de besoin, des notes interprétatives ou des dispositions supplémentaires peuvent clarifier la portée de l'exception de l'objectif légitime relativement à des types de mesures particuliers.

En outre, la question de savoir quels types de mesures sont admissibles en vertu de la définition du terme « objectif légitime » est autoévaluative et n'a pas encore été tranchée par un groupe spécial. Quoiqu'il en soit, nous recommandons au Conseil des premiers ministres d'engager le dialogue dans l'objectif de clarifier la norme à appliquer à cette disposition de l'Accord.

Enfin, chaque chapitre varie dans son application de « Article 102 : Étendue des obligations », ce qui modifie la mesure dans laquelle les engagements en vertu du chapitre pertinent s'étendent à différents ordres de gouvernement. Cette variation d'un chapitre à l'autre ajoute à la complexité de l'Accord, obscurcit la portée véritable à laquelle les engagements s'appliquent aux mesures gouvernementales et rendent finalement l'Accord moins accessible.

Parallèlement au mécanisme de règlement de différends entre un investisseur et un État, nous recommandons que l'Accord adopte une approche fondée sur des principes de l'interprétation de la mesure dans laquelle les engagements s'appliquent aux mesures du gouvernement. La portée des obligations contenues dans l'accord applicable au gouvernement doit reposer sur des vérifications fonctionnelles qui tiennent compte du pouvoir réel et contrôle exercé par le gouvernement sur l'organe responsable de la mesure.

Alors que ce processus retire aux Parties un degré de contrôle et de certitude en ce qui concerne la portée des obligations, l'application uniforme à tous les chapitres d'une vérification fonctionnelle solidement élaborée des « règles d'attribution », plutôt que la liste limitée actuellement utilisée, devrait rendre le processus plus efficace, accessible et prévisible. De plus, et d'ailleurs en harmonie avec les principes et les objectifs globaux de l'ACI, cela éliminerait les échappatoires qui autorisent potentiellement d'autres ordres de gouvernement à mettre en œuvre ou à maintenir des mesures restrictives du commerce.

#### **6.2.4. Autoriser les personnes afin d'engager des procédures relativement aux mesures envisagées qui n'ont pas provoqué un préjudice ou refus d'avantages par le biais du mécanisme de règlement de différends « entre gouvernements, pour le compte d'une personne »**

Une personne qui engage des procédures de règlement de différends soit « entre gouvernements pour le compte d'une personne », soit entre une personne et un gouvernement peut uniquement procéder relativement à une mesure qui leur a causé un préjudice économique ou un refus d'avantages. En revanche, les Parties sont autorisées à soulever des différends associés à des mesures actuelles ou envisagées, lorsqu'ils estiment qu'une mesure enfreindrait les engagements aux termes de l'ACI. Il s'agit de deux poids, deux mesures et cela compromet la crédibilité et l'efficacité de l'Accord.

En vue de limiter le risque des demandes frivoles potentielles, nous recommandons que les requêtes prévues soient déposées uniquement par voie du mécanisme de règlement de différends « entre gouvernements pour le compte d'une personne ». Les demandes pourraient être engagées par une Partie à la demande d'une personne sans devoir satisfaire l'exigence prévue par l'article 1703(6) *b*). En concomitance avec un système plus officialisé d'examen des demandes par les personnes d'engager des procédures (voir la section 6.3.5 ci-dessous), cette approche établit un équilibre entre la capacité du système à déceler d'éventuels problèmes, tout en veillant à ce que les requêtes anticipatoires n'engorgent pas le processus. Cette solution permet également de maintenir la capacité d'une personne d'intenter une action subséquente dans le cadre des procédures existantes, advenant que la mesure proposée résulte en un préjudice économique ou un refus d'avantages.

#### **6.2.5. Éliminer le délai de prescription qui s'applique aux personnes désireuses d'engager des procédures en vertu du Chapitre dix-sept**

Le Chapitre dix-sept impose un délai de prescription à respecter si une personne veut intenter une action. Ce délai de prescription est déclenché en fonction d'un critère objectif de connaissance, selon lequel la personne « la personne a pris ou aurait dû prendre connaissance de la mesure qu'elle prétend incompatible<sup>313</sup> ». Puisque cet enjeu n'a pas été traité par les groupes spéciaux, il est difficile de dire en quoi consiste ce critère objectif. Il se peut que les exigences objectives soient été utilisées pour minimiser le risque d'abus du processus, par lequel une Partie peut reporter l'action à intenter tandis que s'accumulent les dommages-intérêts au fil du temps. Il n'existe aucun risque ou potentiel important d'abus puisque non seulement les sanctions pécuniaires sont limitées, mais elles sont uniquement imposables par la décision d'un groupe spécial d'appel à l'effet qu'une partie a omis de modifier une mesure incompatible.

Ainsi, nous recommandons que le délai de prescription qui s'applique aux personnes soit éliminé. Autrement, si le délai de prescription est conservé, nous recommandons que sa durée de deux ans soit définie d'une manière subjective s'applique à partir de la date à laquelle une personne a pris connaissance de la mesure incompatible.

---

<sup>313</sup> Article 1713(5) *a*).

## 6.3. PROCÉDURE

### 6.3.1. Les règlements négociés (par voie de consultation) doivent se conformer aux règles de fond de l'ACI

L'équilibre procédural des pouvoirs dans un différend de l'ACI demeure résolument en faveur des Parties à l'Accord et non avec les personnes qui ont subi un préjudice ou se sont vu refuser un avantage en conséquence de la violation d'un engagement. Cela se manifeste très clairement durant le stade des consultations.

L'étape de consultation fait partie intégrante du mécanisme de règlement de différends de l'ACI et la capacité des parties à parvenir à un règlement mutuellement satisfaisant devrait être maintenue. En même temps, le processus de négociation pose certains risques. Il est susceptible d'accuser des retards. Tout particulièrement, un règlement négocié peut éventuellement compromettre la crédibilité et l'intégrité de l'Accord. Le risque est d'autant plus amplifié étant donné que le règlement négocié — *res pacta* a effectivement la force de la chose jugée (*res judicata*) — cela empêche les parties au différend d'engager des procédures ultérieurement sur la même question, peu importe si la résolution est conforme aux principes et aux objectifs de l'ACI.

Nous recommandons la mise en œuvre d'une disposition dans le mandat de négociation semblable à celle que stipule l'article 3(7) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC — les parties sont enjointes à s'assurer que le règlement négocié est conforme à l'Accord, en particulier aux règles générales prévues au Chapitre quatre.

Les consultations devraient demeurer privées avant l'éventuelle audience d'un groupe spécial, afin de ne pas préjudicier toute décision ultérieure. Cependant, nous recommandons que le résultat — c'est-à-dire le règlement négocié, soit publié. Cela encouragerait d'une part des règlements compatibles avec les principes et les objectifs de l'ACI, et contribuera d'autre part à favoriser la transparence, la crédibilité et la légitimité du règlement de différends.

### 6.3.2. Élaborer un mécanisme par lequel les personnes peuvent officiellement contribuer ou participer au processus de consultation en vertu du processus de la Partie A

Le processus de règlement de différends profiterait largement de la participation facilitée des intervenants, en particulier les personnes aux termes de l'Accord, à un stade préliminaire. À l'heure actuelle, les Parties peuvent mener des consultations concernant l'enjeu en litige sans la participation formelle d'intervenants externes. Cela pourrait compromettre la crédibilité de tout règlement ultérieur, en particulier puisque les négociations sont effectuées en privé et le demeurent. Autoriser les tierces parties ou d'autres intervenants intéressés à participer aux négociations devrait assurer une approche équilibrée et la prise en compte des intérêts des non-Parties dans le règlement de la question.

### **6.3.3. Élaborer un mécanisme d'appel limité à la disposition des personnes, au motif qu'un règlement négocié entre les parties n'est pas conforme aux règles de fond de l'ACI**

En outre, nous recommandons d'instaurer un mécanisme d'appel limité destiné aux personnes, par lequel le règlement négocié entre les Parties à l'ACI, lorsqu'une personne estime que le règlement négocié est incompatible avec les principes et les engagements en vertu de l'ACI.

### **6.3.4. Introduire des facilitateurs sur demande durant l'étape de consultation**

Une consultation mieux structurée ou gérée accroîtrait l'efficacité, la crédibilité et la légitimité du règlement de différends de l'ACI. Alors qu'il est nécessaire d'imposer une structure rigide formelle, le processus bénéficierait de la présence d'un facilitateur ou d'un médiateur ponctuel, qui pourrait être assuré ou fourni par le secrétariat de l'ACI. La coordination des procédures par un facilitateur serait accordée à la suite d'une demande unilatérale. Cela aurait la possibilité de faire considérablement augmenter l'efficacité de l'étape de consultation et d'empêcher qu'elle fasse office de période d'attente obligatoire. Un stade de consultations efficace devrait, par ailleurs, réduire la durée d'ensemble des différends, permettre de conserver des ressources et contribuer à l'efficacité globale du mécanisme de règlement de différends. Toutefois, en vue d'éviter de créer d'autres inefficacités, la coordination devrait être soigneusement coordonnée, notamment en fonction d'échéances adéquates, si une étape échoue le différend peut passer au prochain stade.

### **6.3.5. Établir un système formel, objectif et indépendant afin d'évaluer la demande d'engager des procédures en vertu du règlement de différends « entre gouvernements pour le compte d'une personne »**

À l'heure actuelle, une personne désireuse d'engager des procédures de règlement de différends doit d'abord demander à son gouvernement provincial respectif — une Partie à l'ACI, de soulever le règlement en son nom. Il n'existe aucun mécanisme officiel normalisé par lequel une province évalue (objectivement) le bien-fondé de la demande de la personne. Cet aspect est d'autant plus important en vue d'assurer la transparence et l'accessibilité pour les personnes qui n'auraient autrement pas les ressources pour tenter une action en vertu de la Partie B (différends entre une personne et un gouvernement).

Une évaluation indépendante fondée sur des critères objectifs rehausserait la prévisibilité, la certitude et l'accessibilité du mécanisme de règlement de différends et ce type d'évaluation aiderait les personnes à évaluer le bien-fondé de leur cause ainsi que la probabilité qu'une intervention provinciale en leur nom réussisse. Un processus d'évaluation indépendant fondé sur des critères objectifs éliminerait les considérations politiques de la décision d'une province à soulever un différend pour le compte d'une personne. Cela évite les retards et la confusion potentiels lorsqu'une Province justifie le refus au motif qu'elle tente de régler le différend à l'extérieur du mécanisme de règlement des différends de l'ACI<sup>314</sup>. Il agirait également à titre d'examen préliminaire de fait contre les demandes frivoles et vexatoires, qui remplacerait le processus d'examineur actuel, tout en assurant que les demandes rejetées puissent être réexaminées en vertu de la Partie B (différend entre une personne et un gouvernement).

---

<sup>314</sup> Article 1713 Screener Report: *In the Matter of a request made by Mr. X of Québec to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Ontario* (15 février 2011), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane_en.pdf).

**6.3.6. Dans le cadre du règlement de différends « entre gouvernements pour le compte d'une personne », éliminer l'exigence qu'un préjudice ou refus d'avantages soit subi par la personne « dans la province » et établir une présomption réfutable qu'une mesure incompatible avec les engagements de l'Accord constitue un préjudice ou un refus d'avantages**

La clarté et l'accessibilité du processus de règlement de différends seraient considérablement renforcées en limitant l'exigence au concept ambigu qu'il existe un « lien substantiel et direct » entre la personne et la province initiatrice des procédures. Il n'existe aucune exigence équivalente lorsqu'une Partie engage des procédures en son propre nom. Comme il a été indiqué à la section 3.4, le préjudice ou le refus d'avantages, en particulier ayant trait à la mobilité de la main-d'œuvre, n'est pas nécessairement éprouvé dans la province où la personne ou l'entreprise réside ou fait affaire.

Nous recommandons d'établir une présomption réfutable par laquelle la violation constitue un préjudice ou un refus des avantages subi par la personne, lorsque celle-ci satisfait aux exigences de résider ou de faire affaire dans la Province. Cette disposition ressemblerait à l'article 3(8) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC. Cela renforcerait la cohérence et la crédibilité de l'Accord, puisqu'il faut que les exigences applicables aux Parties et aux personnes soient symétriques.

**6.3.7. Éliminer et remplacer le processus d'examen prévu à la Partie B par une procédure sommaire présidée par un groupe spécial, à la demande de la Partie défenderesse**

Le processus d'examen devrait servir de vanne contre un déluge de requêtes frivoles et vexatoires. Cependant, comme il a été discuté à la section 3.5.1, le processus d'examen peut avoir une incidence négative sur l'opportunité, la crédibilité et l'efficacité du mécanisme de règlement de différends. La décision d'un examinateur n'est soumise à aucune forme de recours ou d'appel et cet aspect est peut-être le plus nuisible au renforcement de la crédibilité du processus de règlement de différends et de l'Accord même<sup>315</sup>. De plus, les décisions antérieures des examinateurs ont été assez incohérentes. Au préjudice potentiel de cette incohérence s'ajoute le risque qu'un examinateur brouille la distinction entre la question de fond en litige et la portée limitée du mandat d'un examinateur à trancher la demande d'une personne d'engager des procédures. À la différence des décisions rendues par le groupe spécial, les directives procédurales applicables à l'examen sont au mieux minimales<sup>316</sup>, ce qui influe sur la transparence du système.

Nous recommandons deux processus interdépendants qui, d'une part, maintiendraient l'intégrité du système en limitant le nombre de causes potentielles, tout en accroissant, dans le même temps, la transparence et l'efficacité et en réduisant le double emploi potentiel par l'amélioration des étapes déjà en place au sein du processus de règlement de différends. Tel qu'évoqué à la section 6.3.5, nous recommandons de renforcer le mécanisme d'évaluation provincial applicable aux requêtes déposées par des personnes. De plus, nous recommandons la mise en œuvre d'une « procédure sommaire » devant un groupe spécial.

---

<sup>315</sup> Robert Knox, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To*, p. 11.

<sup>316</sup> Annexe 1714(6)(5).

Nous recommandons que les examens soient remplacés par une procédure sommaire devant un groupe spécial qui peut être déclenché par la partie répondante, semblable à celle prévue au règlement 41(5) du CIRDI en matière d'arbitrage<sup>317</sup>. Un tel processus permettrait de disposer rapidement et efficacement des demandes sans fondement, frivoles ou vexatoires. Toutefois, si l'affaire à entendre relève d'une question de fond, elle doit être réglée par la tribune qui s'impose, c'est-à-dire un groupe spécial.

Alternativement, si le mécanisme d'examen est conservé, nous recommandons d'introduire un processus de contrôle des décisions négatives rendues par un examinateur.

**6.3.8. Éliminer la capacité des contestataires de bloquer la consultation d'un groupe spécial avec les experts et autres tierces parties non assujetties à l'Accord, et formaliser un mécanisme qui facilite la présentation d'observations auprès d'un groupe spécial par groupes de défense de l'intérêt public.**

Alors que la formulation de l'Accord permet à un groupe spécial de consulter les tierces parties, l'accent étant particulièrement mis sur les experts, le pouvoir du groupe spécial n'est pas absolu, puisqu'une partie au différend peut bloquer cette consultation pour quelque motif que ce soit. Étant donné l'incidence potentielle des décisions du groupe spécial sur les mesures mises en œuvre par des gouvernements démocratiquement élus ou les organes habilités par la loi, l'accessibilité et la participation des groupes de défense de l'intérêt public sont essentielles à l'amélioration de la nature publique, transparente et accessible du mécanisme de règlement de différends et de la légitimité des décisions rendues par les groupes spéciaux.

Pour ce faire, nous recommandons deux mesures interdépendantes. Dans un premier temps, il faut renforcer l'indépendance et le contrôle sur les consultations des tierces parties, en éliminant l'exigence que les parties au différend doivent convenir ou non d'accepter la décision du groupe d'appel de consulter des tiers. Dans un deuxième temps, il convient de mettre en œuvre une procédure formelle de participation par les groupes de défense de l'intérêt public (pas seulement les tierces parties invitées par un groupe spécial), semblable au système qui s'est développé au fil du temps devant l'Organe de règlement de différends de l'OMC.

Les groupes spéciaux utilisant leur pouvoir discrétionnaire d'admettre les observations d'experts et tierces parties (selon leur pertinence), devraient constituer une mesure de sauvegarde suffisante contre les retards potentiels entraînés par l'accès accru des tierces parties non contestataires.

---

<sup>317</sup> Voir la section 4.3.11 ci-dessus.

## BIBLIOGRAPHIE

### Corpus législatif

- Accord sur le commerce intérieur* (1<sup>er</sup> juillet 1995), [http://www.ait-aci.ca/index\\_en/ait.htmf](http://www.ait-aci.ca/index_en/ait.htmf).
- Agreement on Internal Trade as modified by the Fourteenth Protocol of Amendment, 18 February 2015*, [http://www.ait-aci.ca/en/ait/ait\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/ait/ait_en.pdf).
- Agreement on Internal Trade Implementation Act*, SC 1996, c 17, <http://canlii.ca/t/522fs>
- Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict, c 3, réimprimé dans LRC 1985, App II, N° 5. <http://canlii.ca/t/ldsw>.
- Quatorzième protocole de modification* (18 février 2015), [http://www.ait-aci.ca/en/ait/14\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/ait/14_en.pdf).
- Septième protocole de modification* (2 mai 2007), <http://www.ait-aci.ca/en/ait/7.pdf>.
- Dixième protocole de modification* (7 octobre 2009), [http://www.ait-aci.ca/en/ait/10\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/ait/10_en.pdf).

### Jurisprudence

- Bank of Montreal v Hall*, [1990] 1 SCR 121, 1990 CanLII 157 (CSC), <http://canlii.ca/t/1d69w>.
- British Columbia (Attorney General) v Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, <http://canlii.ca/t/1rmqz>.
- General Motors of Canada Ltd. v City National Leasing*, [1989] 1 SCR 641, 1989 CanLII 133 (SCC), <http://canlii.ca/t/1ft82>.
- Hunt v T&N plc*, [1993] 4 SCR 289, <http://canlii.ca/t/1frxg>.
- Morguard Investments Ltd. v De Savoye*, [1990] 3 SCR 1077, <http://canlii.ca/t/1fsp7>

### Décisions arbitrales

- Canada - Mesures concernant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers* (1999) WT Doc WT/DS103/AB/R (rapport de l'Organe d'appel de l'OMC), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds103\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds103_e.htm).
- Trans-Global Petroleum, Inc v The Hashemite Kingdom of Jordan*, (12 May 2008) ICSID Case No. ARB/07/25, « The Tribunal's Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules », <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0872.pdf>.
- États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique (plainte déposée par le Mexique)*, (2008) WTO Doc WT/DS344/AB/R (rapport de l'Organe d'appel), <http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDdocuments/t/WT/DS/344ABR.doc>.
- États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (plainte déposée par la Malaisie)* (1998) WTO Doc WT/DS58/AB/RW (rapport de l'Organe d'appel), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds58\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm).
- Biwater Gauff v Tanzania*, « Award », (24 juillet 2008), ICSID CASE NO. ARB/05/22, « Award », <http://www.italaw.com/documents/Biwateraward.pdf>.
- Occidental v Ecuador* (9 septembre 2008), ICSID Case No. ARB/06/11, « Decision on Jurisdiction », <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0577.pdf>.
- Burlington v Ecuador* (2 juin 2010), ICSID Case No. ARB/08/5, « Decision on Jurisdiction », <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0106.pdf>.

## Décisions en vertu de l'ACI

- Article 1713 Report: In the Matter of a request made by Saputo Inc. to commence dispute resolution proceedings by a person-to-government complaint against Canada (18 août 2008), <http://www.ait-aci.ca/en/dispute/Saputo%20Inc%20Screener%20Decision.pdf>.*
- Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by CE Networks Inc. to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Alberta and New Brunswick (19 octobre 2009), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/ce\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/ce_en.pdf).*
- Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by the Certified General Accountants Association of New Brunswick to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Québec (21 octobre 2004), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09\\_2005/Screener%20Decision%20CGA-NB%20english.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09_2005/Screener%20Decision%20CGA-NB%20english.pdf).*
- Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by Mr. X of Québec to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Ontario (15 février 2011), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/crane_en.pdf).*
- Article 1713 Screener Report: In the Matter of a request made by the Hewitt Rand Corporation to commence dispute resolution proceedings vis-à-vis Saskatchewan (15 janvier 1998), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09\\_2005/Hewitt%20Rand%20Screener%20Report.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/09_2005/Hewitt%20Rand%20Screener%20Report.pdf).*
- Report of Article 1702(2) Summary Panel Regarding the Pre-Existing Dispute Concerning Ontario's Measures Governing Dairy Analogs and Dairy Blends (24 septembre 2010), <http://www.ait-aci.ca/en/dispute/panel%20report%20Sept.%202024.pdf> [Ontario – Mélanges de produits laitiers, 2010]*
- Report of Article 1703 Panel Regarding the Dispute between Manitoba and Ontario Concerning Ontario's Notice of Measure with respect to Public Accountants (13 janvier 2012), [http://www.ait-aci.ca/en/news/Feb\\_13\\_2012\\_Report\\_Final\\_En.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/news/Feb_13_2012_Report_Final_En.pdf) [Ontario - Comptables publics, 2012].*
- Report of Article 1703 Panel Regarding the Dispute between Saskatchewan and Québec Concerning Dairy Blends, Dairy Analogues and Dairy Alternatives (31 mars 2014), <http://www.ait-aci.ca/en/dispute/PANEL%20REPORT%20FINAL%20VERSION.pdf>. [Québec – Mélanges de produits laitiers, 2014].*
- Report of Article 1706.1 Appeal Panel Regarding the Dispute between Saskatchewan and Québec Concerning Dairy Blends, Dairy Analogues and Dairy Alternatives (26 janvier 2015). <http://www.ait-aci.ca/en/dispute/AIT%20Final%20appeal%20decision%20jan%202026.pdf> [Québec – Mélanges de produits laitiers 2015].*
- Report of the Article 1704 Panel Concerning the Dispute Between Alberta and Québec Regarding Québec's Measure Governing the Sale in Québec of Coloured Margarine (23 juin 2005), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/2\\_eng.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/2_eng.pdf) [Québec - Margarine colorée, 2005].*
- Report of the Article 1704 Panel Concerning the Dispute Between Alberta and Canada Regarding the Federal Bank Act - Cost of Borrowing (Banks) Regulations (4 juin 2004), Agreement on Internal Trade, online: AIT Secretariat <[http://www.ait-aci.ca/en/dispute/4\\_eng.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/4_eng.pdf)> [Canada – Coût de l'emprunt].*
- Report of the Article 1716 Panel Concerning the Dispute Between the Certified General Accountants Association of Manitoba and Ontario Regarding the Public Accountancy Act (R.S.O., 1990, Chapter P-37) and Regulations (5 octobre 2001), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/6\\_eng.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/6_eng.pdf) [Ontario - Comptabilité publique, 2001].*

## Matériel international

- Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 1<sup>er</sup> décembre 2003, 2362 UNTS (entrée en vigueur le 11 novembre 2005), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/736>.
- An Agreement between the Government of the United Mexican States the Government of Singapore on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 12 novembre 2009 (entrée en vigueur le 3 avril 2011), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/136/treaty/2538>.
- Canada, *modèle canadien d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE)* (2004) <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.
- Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, The Legal Texts : The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (1999) 1869 UNTS 401, 33 ILM 1226, [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf).
- Accord de libre-échange Canada-Colombie*, 21 novembre 2008, (entrée en vigueur le 15 août 2011), Internet : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra>.
- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, (avril 2006) « ICSID Convention, Regulations and Rules », [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf).
- Commission du droit international, *Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (novembre 2001), [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).
- Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, (31 juillet 2001), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>.
- Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Statement of the NAFTA Free Trade Commission on non-disputing party participation*, (7 octobre 2004), [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/Nondispute\\_e.pdf](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/Nondispute_e.pdf).
- North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of Mexico and the Government of the United States*, 17 décembre 1992, Can TS 1994 No 2, 32 ILM 289 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng>.
- Trade Policy Reviews*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tpr\\_e/tpr\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tpr_e.htm).
- Treaty Between United States of America and The Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement And Protection of Investment*, 14 novembre 1991 (entré en vigueur le 20 octobre 1994), <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>
- États-Unis, *United States Model Bilateral Investment Treaty* (2012), <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>.
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 juin 1969, 1155 UNTS 331, UN Doc. A/Conf.39/27, [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01p.pdf).

## Monographies

- Craik, Neil et Craig Forcese, réd., *Public Law: Cases, Commentary and Materiali*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Emond Montgomery, 2011).

- Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).
- Dolzer, Rudolf et Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford: Oxford University Press: 2012).
- Porges, Amelia, « Dispute Settlement », dans Jean-Pierre Chauffour et Jean-Christophe Maur, éd., *Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook* (Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Banque mondiale, 2011), <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2329>.
- Prentice, Barry E, « Interprovincial Barriers to Agricultural Trade » dans Filip Palda, éd., *Provincial Trade Wars: Why the Blockade Must End* (Vancouver: The Fraser Institute, 1994) 83.
- Schwartz, Bryan, « Assessing the Agreement on Internal Trade: The Case for a 'More Perfect Union' » dans Douglas M Brown et Jonathan W Rose, éd., *Canada: The State of the Federation 1995* (Kingston, ON: Institute for Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985).
- Trebilcock, Michael, Marsha Chandler & Robert Howse, *Trade and Transitions* (New York: Routledge, 1990).
- Waibel, Michael, Asha Kaushal, Liz Kyo-Hwa Chung et Claire Balchin, éd., *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2010).
- Organisation mondiale du commerce, *Comprendre l'OMC* (Genève: Organisation mondiale du commerce, 2011), [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/understanding\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf).

## Articles

- Allee, Todd et Manfred Elsig, « Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provisions? Evidence from Preferential Trade Agreements » (7<sup>e</sup> conférence annuelle Political Economy of International Organizations, Université Princeton, du 16 au 18 janvier 2014), [http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf7\\_Allee-Elsig-02.09.2013.pdf](http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf7_Allee-Elsig-02.09.2013.pdf).
- Beaulieu, Eugene Jim Gaisford et Jim Higginson, *Interprovincial Trade Barriers in Canada: How Far Have We Come? Where Should We Go?* (Calgary: The Van Horne Institute for International Transportation and Regulatory Affairs, 2003).
- Bruno, Roberto, « Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis » Internet : (16 mai 1997), *Jean Monnet Working Papers*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/97/97-13.html>.
- Burke-White, William et Anreas von Standen, « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation of Non-Precluded Measure Provisions in Bilateral Investment Treaties » (2008) 48:2 Virginia J Int'l L 307, [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/146/](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/146/).
- Association canadienne du droit de l'environnement, « Trade ministers urged to deny corporations ability to sue provincial, territorial governments » (3 décembre 2010), <http://www.cela.ca/tradeministers-urged-deny-corp-sue%20>.
- Caplan, Lee et Jeremy Sharpe, « 2012 Model BIT of the United States » dans Chester Brown éd., *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
- Chase, Claude, Alan Yanovich, Jo-Ann Crawford et Pamela Ugaz, « Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme? » (10 juin 2013), *World Trade Organization Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper ERSD-2013-07*, [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201307\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201307_e.pdf).
- Cohen, David, « The Internal Trade Agreement: Furthering the Canadian Economic Disunion » (1995) 25 Can Bus LJ 257.

- Doern, Bruce et Mark MacDonald, « The Liberals' Internal Trade Agreement: The Beginning of a New Federal Assertiveness? » in Gene R. Swimmer, ed, *How Ottawa spends, 1997-98: Seeing red, a Liberal report card* (Ottawa: Carleton University Press, 1997) 135.
- Eberhardt, Pia et Cecilia Olivet, « Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom » (novembre 2012), Corporate Europe Observatory [Observatoire de l'Europe industrielle] <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>.
- Gaukrodger, David et Kathryn Gordon, « Investor-State dispute settlement: a scoping paper for the investment policy community », Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, No. 2012/3, Division de l'OCDE responsable de l'investissement, <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.
- Haack, RE. DR Hughes et RG Shapiro, *The Splintered Market: Barriers to Interprovincial Trade in Canadian Agriculture* (Ottawa: Canadian Institute for Economic Policy, 1981).
- Howse, Robert, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade » : dans Michael J Trebilcock et Daniel Schwanen, éd., *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, Policy Study No 26, (Toronto: CD Howe Institute, 1995) 171.
- Howse, Robert, « Securing the Canadian Economic Union: Legal and Constitutional Options for the Federal Government » *CD Howe Institute Commentary 81, June 1996*, réimprimé dans David R Cameron, éd., *The Referendum Papers: Essays on Secession and National Unity* (University of Toronto Press, 1999).
- Howse, Robert, « Between Anarchy and the Rule of Law: Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade » dans Michael J Trebilcock et Daniel Schwanen, éd., *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, Policy Study No 26, (Toronto: CD Howe Institute, 1995) 171
- Hudec, Robert, « The New WTO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years » (1999) 8:2 *Minn J Global Trade* 1.
- Lee, Marc, « In Search of a Problem: The Future of the Agreement on Internal Trade and Canadian Federalism » (2002) 2 *Asper Rev Int'l Bus & Trade L* 225 [*Lee, 2002*]
- MacMillan, Kathleen, « A Comparison of Internal Trade Regimes: Lessons for Canada » (étude préparée pour le Forum des politiques publiques du Canada et le Secrétariat du commerce intérieur, 10 septembre 2013), <http://www.ppforum.ca/sites/default/files/MacMillan%20Final.pdf>.
- Magnifico, Anna Maria, « What has gone wrong on interprovincial trade » (novembre 2014) *Inside Policy* 21, <http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/201411InsidePolicywebready.pdf>.
- Menzie, EL *Interprovincial Barriers to Trade in Agricultural Products* (Ottawa: Economic Working Paper, Agriculture Canada, 1981).
- Mnookin, Robert N et Lewis Kornhauser, « Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce » (1979) 88 *Yale L. J.* 950.
- Newcombe, Andrew et Celine Lévesque, « Canada » dans Chester Brown, éd., *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
- Paulsson, Jan « Arbitration without privity, *ICSID Review* » (1995) 10 *Foreign Investment Law Journal* 232, [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12254614477540/jasp\\_article\\_-\\_arbitration\\_without\\_privity.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12254614477540/jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf).
- Smith, James McCall « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts. *International Organization* » (2000) 54:1 *International Organization* 137
- Steger, Debra, « Improvements and Reform of the WTO Appellate Body » dans Ernst-Ulrich Petersmann, ed, *Preparing the Doha Development Round: Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding* (2002) 41, <http://ssrn.com/abstract=2467284>.

VanDuzer, J Anthony, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation » (2007) 52 McGill L J 681, <http://ssrn.com/abstract=1140865>.

## Publications et informations gouvernementales

Secrétariat de l'ACI, *État des plaintes par chapitre* (2014), [http://www.ait-aci.ca/en/dispute/dispute\\_en.pdf](http://www.ait-aci.ca/en/dispute/dispute_en.pdf).

Conseil économique du Canada, *Reforming Regulation* (Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1981).

## Rapports

Chambre de commerce canadienne, *Obstacles to Free Trade in Canada: A Study on Internal Trade Barriers* (novembre 2004), <http://www.chamber.ca/advocacy/issues/internal-trade>.

Chambre de commerce canadienne, *The Agreement on Internal Trade: Taking Stock After Three Years* (1998), <http://global-economics.ca/internaltrade.3years.pdf>.

Association des comptables généraux accrédités du Canada, *Making Trade Dispute Resolution in Canada Work: Certified General Accountants' Experience with Canada's Agreement on Internal Trade*, (Vancouver: CGA-Canada, 2006), [http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca\\_rep\\_2006-05\\_ait.pdf](http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca_rep_2006-05_ait.pdf).

Commission de surveillance des prix des produits alimentaires, *Telling It Like It Is: Final Report of the Food Prices Review Board* (Ottawa: Commission de surveillance des prix des produits alimentaires., 1976).

Gould, Ellen, *Asking for Trouble: The Trade, Investment and Labour Mobility Agreement* (Vancouver: Centre canadien de politiques alternatives, fév. 2007), <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/asking-trouble>.

Secrétariat du commerce intérieur, *Report on the Public Consultations Project*, (Winnipeg: Secrétariat du commerce intérieur, printemps 2002). [http://www.international.alberta.ca/documents/About\\_Us/ITS-Rpt\\_on\\_public\\_consultations02.pdf](http://www.international.alberta.ca/documents/About_Us/ITS-Rpt_on_public_consultations02.pdf).

Knox, Robert et Amela Karabegović, *Studies in Trade Policy: Myths and Realities of TILMA* (February 2009), <https://www.fraserinstitute.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=3333>.

Knox, Robert, *Canada's Agreement on Internal Trade: It Can Work If We Want It To*, (Vancouver: Association des comptables généraux accrédités du Canada, 2001) [http://www.cga-canada.org/en-ca/ResearchReports/ca\\_rep\\_2001-05\\_ait.pdf](http://www.cga-canada.org/en-ca/ResearchReports/ca_rep_2001-05_ait.pdf).

Lenihan, Donald G et David Hume, « Governance in the Agreement on Internal Trade », *Changing Government Volume 12*, (Ottawa: KTA Centre for Collaborative Government and Certified General Accountants Canada, 2004), [http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca\\_rep\\_2004-07\\_AIT.pdf](http://www.cga-canada.org/en-CA/ResearchReports/ca_rep_2004-07_AIT.pdf).

Lo, Janet/ Centre pour la défense de l'intérêt public, *The Consumer Perspective of Trade & Commerce Powers* (Ottawa: Centre pour la défense de l'intérêt public, 2009), <http://www.piac.ca/wp-content/uploads/2014/11/interprovincialtrade.pdf>

Macmillan, Kathleen et Patrick Grady, *Interprovincial Barriers to Internal Trade in Goods, Services and Flows of Capital: Policy, Knowledge Gaps and Research Issues* (2007), <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/8709/>.

Schoenfeldt, Gary « The Trade Investment and Labour Mobility Agreement: A Massive Attack on Democracy » (Mémoire au comité permanent de l'Économie, gouvernement de la Saskatchewan,

2007),

<http://www.sfl.sk.ca/public/images/documents/Trade%20Cttee%20Submission%20to%20Sask%20Government%202007.pdf>.

Trant, GI « The Implications of Interregional Competition in Canadian Agriculture for Federal and Provincial Development Programs » (*Report of the Ninth Annual Workshop of the Canadian Agricultural Economics Society: Interregional Competition in Canadian Agriculture*, 26 au 30 juin 1964, St. Anne de Bellevue, Québec).

CNUDCI, « Investor-State Dispute Settlement: A Sequel » (2014) *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*,  
[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf).

Organisation mondiale du commerce, *Rapport sur le commerce mondial 2007*,  
[https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/world\\_trade\\_report07\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report07_e.pdf)

## **Autre**

*Canada–European Union Summit in Ottawa: Over a Hundred Organizations on Both Sides of the Atlantic Strongly Oppose an Agreement that will Enrich Multinational Corporations at the Expense of Citizens’ Rights* (25 septembre 2015), <http://www.tradejustice.ca/over-100-canadian-and-eu-groups-strongly-oppose-cetas-corporate-rights/>.

*Un leadership fort : un budget équilibré et un plan axé sur des impôts bas pour favoriser l’emploi, la croissance et la sécurité*, déposé à la chambre des Communes par l’honorable Joe Oliver, C.P., député, ministre des Finances (21 avril 2015),  
<http://www.budget.gc.ca/2015/docs/plan/budget2015-fra.pdf> .