

Chronique de droit international économique en 2015 / Digest of International Economic Law in 2015

Commerce

HERVÉ A. PRINCE

INTRODUCTION

L'année 2015 en est une d'inventaire pour l'Organisation mondiale du commerce (OMC) puisqu'elle marque le vingtième anniversaire de sa création. Au 1^{er} janvier 1995, entraient en vigueur les *Accords de Marrakech* après plus de sept années de négociations commerciales multilatérales qui auront permis d'opérer la plus grande réforme du système commercial multilatéral.¹ De septembre 1986 au mois d'avril 1994, les négociations du cycle d'Uruguay ont permis aux cent-vingt-trois parties contractantes du *GATT de 1947*, d'assoir la nouvelle organisation internationale sur une base juridique solide. Celle-ci repose sur une soixantaine d'accords, annexes, décisions et mémorandums d'accord. L'ensemble de ces instruments juridiques régleme les six principaux domaines que régira désormais l'OMC. On y compte un accord-cadre² qui plante le décor architectural de l'institution internationale puis un accord général sur le commerce des marchandises, un accord général sur le commerce des services, un accord portant sur les droits de propriété intellectuelle, un mémorandum portant sur le règlement des différends et un mécanisme d'examen des politiques commerciales.

L'ensemble de ces instruments juridiques est mis en œuvre grâce à une architecture institutionnelle solide dont les principaux piliers sont la

Hervé A. Prince est professeur agrégé de droit international économique à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et directeur de l'Observatoire de l'intégration économique, <<http://www.loie.ca>>. L'auteur tient à remercier ses assistants de recherche, Julia Héron, Émile Lajoie et Ralph Aziz dont les recherches documentaires ont permis la rédaction de cette chronique.

¹ OMC, Textes juridiques, en ligne: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>.

² *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, en ligne: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/o4-wto.pdf>.

Conférence ministérielle, le Conseil général qui se déploie en Organe de règlement des différends et en Organe d'examen des politiques commerciales, et une série de comités qui voient à la mise en œuvre des grands chantiers de l'organisation.

Au 31 décembre 2015, l'OMC comptait 162 membres puisque le Kazakhstan avait rejoint le groupe des États membres de l'Organisation qui représente aujourd'hui environ 98 pour cent du commerce mondial. Au bout de vingt années d'existence, l'OMC apparaît indubitablement comme une organisation à vocation universelle et inclusive accueillant en son sein des États autrefois très peu ouverts à l'économie de marché tels que la Russie ou la Chine. L'OMC produit ainsi une interconnexion des économies qui ne manque pas de soulever des interrogations au sein des sociétés civiles et différents acteurs sociaux, politiques et économiques. De cette manière, l'organisation mondiale du commerce se retrouve au cœur des grands défis de la mondialisation, des changements climatiques et du développement.³

Au fil des années, l'Organisation mondiale du commerce s'est révélée comme une formidable machine de démantèlement des obstacles tarifaires;⁴ la conclusion en 2015 de l'*Accord sur la facilitation des échanges*⁵ traduit d'une certaine manière la farouche volonté des États membres d'insister, lors des négociations commerciales multilatérales, sur l'élimination de toutes les formes de barrières commerciales, y compris la réduction des coûts du commerce.

Au surplus, l'OMC se distingue de l'ensemble des autres organisations internationales par l'efficacité de son mécanisme de règlement des différends, devenu la clé de voûte de l'institution. Avec plus de cinq cents affaires portées devant l'Organe de règlement des différends (ORD), l'OMC aura connu cinq fois plus de différends en 20 ans que le *GATT* en 50 ans et autant d'affaires en 20 ans que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en 50 ans.

Malgré ces succès, l'organisation est en proie à de nombreux défis. L'impasse du cycle de Doha et les tergiversations des États à conclure des ententes sur la réduction substantielle des barrières non tarifaires, les subventions agricoles notamment, et les difficultés d'intégration réelle et effective des pays en développement dans le commerce mondial sont

³ OMC, "L'OMC a 20 ans, défis et réalisations" Secrétariat de l'OMC, Genève, 2015, en ligne: <https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/wto_at_twenty_f.pdf>.

⁴ Secrétariat de l'OMC rappelle que les "droits appliqués moyens ont été réduits de moitié au cours des 20 dernières années passant à moins de 8% aujourd'hui contre 15% en 1995 et près de 40% après la guerre." Voir OMC, *supra* note 3.

⁵ Comité préparatoire sur la facilitation des échanges, *Accord sur la facilitation des échanges*, OMC Doc WT/L/931 (15 juillet 2014), en ligne: <<file:///C:/Users/princeh/Downloads/931.pdf>>.

autant d'enjeux que l'OMC aura à affronter dans les années à venir. Il faut ajouter à tout ceci le défi que représente la prolifération des accords de libre-échange qui se révèlent être les voies de contournement les plus courues par les États au détriment du multilatéralisme.

Dans le cadre de cette chronique, il ne s'agira pas de passer en revue la grande histoire ni les grandes réalisations de l'OMC au courant de l'année 2015. Bien qu'il soit question de passer en revue les faits marquants du commerce international au courant de l'année écoulée, nous insisterons davantage sur les actions du Canada en cette matière tant dans ses relations bilatérales, régionales que son implication dans le cadre des relations commerciales multilatérales.

LE COMMERCE CANADIEN AUX PLANS BILATÉRAL ET RÉGIONAL

L'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE À L'ÉCHELLE MONDIALE

L'intégration nord-américaine

Au cours de l'année écoulée, le Canada aura marqué les esprits avec la conclusion d'un des accords économiques les plus significatifs de son histoire économique: Le *Partenariat Trans pacifique (PTP)*.⁶ La conclusion de cet accord par les Parties concernées a été annoncée le 5 octobre 2015. L'implication du Canada dans ces négociations fut tardive. Alors que les négociations avaient été amorcées depuis septembre 2008, le Canada⁷ n'a rejoint les négociateurs qu'en 2012 à la suite des tentatives de rapprochements faites par les États-Unis à l'égard des États membres du *Partenariat trans pacifique Économique Stratégique*⁸ pour étendre la portée à la fois géographique et matérielle de l'accord.⁹

Le *PTP* est un accord d'intégration régionale dont l'impact économique peut être particulièrement impressionnant. En effet, les douze pays

⁶ Gouvernement du Canada, Communiqué de presse, "Le Canada et ses partenaires Trans pacifiques concluent un accord de libre-échange," en ligne: <<http://nouvelles.gc.ca/web/article-fr.do?crtr.sj1D=&crtr.mnthndVI=12&mthd=advSrch&crtr.dpt1D=6673&nid=1017939&crtr.lc1D=&crtr.tp1D=1&crtr.yrStrtVI=2015&crtr.kw=&crtr.dyStrtVI=1&crtr.aud1D=&crtr.mnthStrtVI=1&crtr.page=1&crtr.yrndVI=2015&crtr.dyndVI=31>>.

⁷ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "Le Canada se joint officiellement au Partenariat Trans pacifique," en ligne: <http://www.international.gc.ca/media_commerce/comm/news-communiques/2012/10/09a.aspx?lang=fra>.

⁸ On se souviendra que la négociation d'un accord de libre-échange avait été amorcée en 2006 entre le Sultanat de Brunei, le Chili, Singapour et la Nouvelle-Zélande avant d'être étendue à d'autres partenaires économiques comme le Canada ou le Mexique.

⁹ Organization of American States, Foreign Trade Information System, "Trans Pacific Partnership Agreement (TPP) – Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, the United States, and Vietnam," en ligne: <http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_e.ASP>.

signataires regroupent un marché de 800 millions de consommateurs et cumulent un produit intérieur brut (PIB) combiné de 28.5 billions de dollars.¹⁰ Pour le Canada, sa participation à cet accord rejoint ses intérêts stratégiques et économiques à moyen et long terme puisque l'ensemble des pays participants fait partie de la liste de pays qualifiés de marchés prioritaires dans le Plan d'action sur les marchés mondiaux du Canada.¹¹ En signant cet accord, le Canada cherche donc à renforcer ses liens commerciaux avec ses partenaires habituels que sont les États-Unis et le Mexique tout en les étendant à de nouveaux acteurs dont notamment les pays asiatiques. À titre d'exemple, actuellement, les importations japonaises de produits canadiens se limitent essentiellement à des produits primaires alors qu'à l'inverse les Japonais exportent au Canada essentiellement des produits manufacturés (véhicules automobiles, pièces automobiles, matériel électrique, etc.) qui font 76 pour cent de la valeur totale des importations canadiennes.¹² Avec la conclusion de cet accord, le Canada compte donc obtenir des gains substantiels sur des marchés importants d'Asie tels que les marchés japonais, vietnamien et malaisien.

À titre d'illustration, le marché japonais est l'un des plus gros consommateurs des produits de la mer et il s'est engagé à une élimination des droits de douane sur 66 pour cent des lignes tarifaires dès l'entrée en vigueur de l'accord.¹³ De plus, en ce qui concerne le secteur des services, les États parties à l'accord ont adopté une approche de "liste négative," ce qui permet d'assurer une couverture certaine pour les services futurs même si l'approche de liste négative a le désavantage de pousser chacun des États à exclure assez facilement de leur liste d'engagements des secteurs qui auraient été de facto soumis à la libéralisation.

Le *PTP* comporte également d'autres avantages pour le Canada notamment dans les domaines de biens industriels et de consommation où les marchés japonais, malaisien et vietnamien constituent des marchés

¹⁰ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "Ouvrir de nouveaux marchés pour les produits agricoles et agroalimentaires," en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/benefits-avantages/sectors-secteurs/01-AgriSector.aspx?lang=fra>>.

¹¹ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, Plan d'action sur les marchés mondiaux, "Marchés prioritaires," en ligne: <<http://international.gc.ca/global-markets-marches-mondiaux/markets-marches/index.aspx?lang=fra>>.

¹² Affaires mondiales Canada, Rapport de l'étude conjointe sur la possibilité d'un accord de partenariat économique Canada-Japon – le 7 mars 2012, en ligne: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/japan-japon/study-report_rapport-etude.aspx?lang=fra#tendances>.

¹³ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, *Partenariat Trans pacifique (PTP)*, "Ouvrir de nouveaux marchés pour les poissons et les fruits de mer," en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/benefits-avantages/sectors-secteurs/02-FishSeafoodSector.aspx?lang=fra>>.

cibles pour le Canada.¹⁴ Le pétrole albertain pourrait également trouver dans cet accord des débouchés non négligeables puisque les producteurs canadiens pourront dorénavant se procurer une quantité limitée de diluant auprès de pays non membres et l'exporter tout de même aux États-Unis sans enfreindre les règles d'origine,¹⁵ ce que ne permettait pas l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*.¹⁶ Alors que 85 pour cent de la production automobile canadienne est destinée à l'exportation, le Canada a négocié une série de mesures visant le marché japonais: un mécanisme de règlement des différends accéléré, des mesures de sauvegarde spéciales, une élimination graduelle des droits de douane, ou encore des règles d'origine avec une teneur en valeur régionale plus élevée.

Au demeurant, il est difficile d'estimer la période de mise en œuvre de l'accord compte tenu des difficultés de ratification que doit surmonter chacun des États parties. L'accord prévoit toutefois trois modalités de mise en œuvre.¹⁷ Dans le premier scénario, l'accord entrera en vigueur soixante jours après que les douze pays signataires l'aient ratifié. Si certains ne l'ont pas ratifié dans les deux ans suivant la date de sa signature, alors il entrera en vigueur dans les soixante jours suivant ce délai si au moins six signataires, regroupant 85 pour cent du produit intérieur brut des douze signataires originels, l'ont ratifié. Autrement, il entrera en vigueur soixante jours après qu'au moins six signataires regroupant 85 pour cent du produit intérieur brut combiné l'aient ratifié. Dans un tel contexte, les États-Unis exercent certainement un contrôle absolu alors qu'ils représentent près de 65 pour cent du PIB combiné et le Japon s'est pratiquement réservé le dernier mot alors qu'il représente un peu moins de 15 pour cent.¹⁸

S'il est encore trop tôt pour savoir si le Canada sort gagnant de cet accord, le Canada est tout de même le seul pays du G-7 à maintenant jouir d'un libre accès aux marchés des Amériques, d'Europe et d'Asie advenant la ratification des grands accords conclus que sont l'*Accord économique et commercial global (AECC)*¹⁹ et le *PTP*.²⁰

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Annexe 3-D, Chapitre 27, note 3, en ligne: <https://www.mfat.govt.nz/assets/_securedfiles/Trans-Pacific-Partnership/Text/27.-Administrative-and-Institutional-Provisions-Chapter.pdf>.

¹⁶ *Accord de libre-échange nord-américain*, 32 ILM 289, 605 (1993) (ALÉNA).

¹⁷ *Partenariat Trans pacifique*, Chapitre 30.5, en ligne: <https://www.mfat.govt.nz/assets/_securedfiles/Trans-Pacific-Partnership/Text-FR/30.-Dispositions-finales.pdf>.

¹⁸ Calculs effectués tel qu'indiqué par la note en bas de page de l'article selon les données du Fond Monétaire International, en ligne: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/01/weodata/index.aspx>>.

¹⁹ *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* (February 2016), en ligne: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf>.

²⁰ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, *supra* note 13.

L'intégration économique s'intensifie donc pour le Canada. Mais les conséquences de ces accords sur des pans entiers de l'économie nationale ne sont pas encore toutes mesurables. La question se pose notamment dans le secteur agricole où les nombreux accords de libre-échange conclus par le Canada l'obligeront de plus en plus à réduire la part de marché laissée aux producteurs nationaux. Bien entendu, le *PTP* ouvre de nouvelles perspectives pour l'agriculture canadienne qui pourra trouver sur ces marchés de nouveaux débouchés malgré toute la controverse que soulèvent les négociations dans ce secteur.²¹ Mais il est à craindre que les produits de la gestion de l'offre tels que la volaille, les œufs et les produits laitiers souffrent durablement de l'ouverture du marché agricole canadien. Dans le cadre du *PTP*, le gouvernement fédéral espère obtenir en contrepartie des concessions faites, des gains importants relativement aux produits bovins et porcins. Grosso modo, les produits agricoles canadiens auront un accès plus accru à ces nouveaux marchés avec des éliminations des droits de douane variant de 30 à 100 pour cent.

En réponse aux préoccupations des agriculteurs, le gouvernement a annoncé la mise en œuvre de quatre programmes d'aide aux producteurs canadiens qui totalisent près de 4 milliards de dollars: un programme de garantie du revenu; un programme de garantie de la valeur des quotas; un programme de modernisation de la transformation et un programme portant sur l'initiative de développement des marchés. On peut toutefois douter d'ores et déjà de la conformité de ces programmes au droit de l'OMC.

Les deux premiers programmes annoncés visent successivement à garantir le revenu des agriculteurs et à les prémunir contre des pertes de revenus consécutives à la dégringolade de la valeur de leur quota. Dans le jargon du droit de l'OMC, ces mesures s'apparentent à des versements directs de fonds ou à des garanties de revenu. Or, l'*Accord sur l'agriculture* prévoit que pour que ce type d'aide soit admissible, les versements doivent être subordonnés à des pertes de revenus sans dépasser 70 pour cent des pertes subies. Advenant la mise en œuvre de ces programmes, le gouvernement devra être vigilant quant à la validité et la conformité de ses programmes d'aide au droit de l'OMC.

S'agissant des deux autres programmes, les critères de sélection des bénéficiaires, à savoir le bien-fondé et la faisabilité du plan d'affaires établi par le gouvernement dans son programme de modernisation de la transformation semblent ne pas correspondre à la précision des critères exigée par l'Annexe 2 de l'*Accord sur l'agriculture*. En revanche, le programme d'initiative de développement qui mise sur l'aide à la promotion

²¹ *Ibid.*

et aux campagnes promotionnelles ne semble pas poser de difficultés particulières quant aux engagements du Canada vis-à-vis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Malgré les réserves qui peuvent être émises quant à la validité des mesures de compensations promises par le gouvernement fédéral aux agriculteurs dans le cadre du *PTP*, il faut observer la préoccupation constante du gouvernement fédéral quant aux effets de l'intégration économique sur le secteur agricole de manière plus globale. En ce sens, il importe de relever la ratification en août 2015 de l'*Accord du Groupe mondial du commerce du vin sur les règles d'étiquetage du vin* dont l'objectif est de faciliter le commerce international du vin à travers l'adoption de règles communes en matière d'étiquetage.²² La ratification par le Canada de cet accord le 1^{er} août 2015 traduit la volonté du gouvernement fédéral de s'engager fermement dans la défense et la protection à l'échelle internationale des domaines du secteur agricole où le Canada possède un certain avantage comparatif.²³

Au-delà de tout ce débat autour de l'intégration régionale, il faudra peut-être voir dans le *PTP* l'expression de la volonté des États membres de l'*ALÉNA* d'opérer le dépassement nécessaire, mais quasi impossible de l'accord nord-américain. De ce point de vue, le *PTP* constituerait le meilleur moyen de poursuivre le processus d'intégration économique sans toucher formellement au texte de l'*ALÉNA*.

Le commerce canadien dans les Amériques

Comme on peut l'imaginer, les impacts du *PTP* ne se limitent pas aux relations qu'entretient le Canada avec ses voisins nord-américains. La signature du *PTP* par le Canada s'inscrit dans une logique d'accélération et de renforcement du bilatéralisme commercial canadien à défaut d'un multilatéralisme renouvelé.

Le Canada s'est lancé depuis quelques années dans un processus de modernisation des accords d'intégration économique signés dans les années 1990. Il en est ainsi par exemple de l'*Accord de libre-échange avec le Chili (ALECC)*.²⁴ En vigueur depuis 1997, l'accord a été révisé en 2015 pour y intégrer un nouveau chapitre sur les mesures sanitaires et phytosanitaires,

²² World Wine Trade Group, *Accord du Groupe mondial du commerce du vin sur les règles d'étiquetage du vin*, Canberra, 23 Janvier 2007, en ligne: <<http://ita.doc.gov/td/ocg/WWTGlabel.pdf>>.

²³ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "Le Canada ratifie un accord international sur l'étiquetage du vin," en ligne: <<http://www.international.gc.ca/media/comm/news-communiques/2015/08/01a.aspx?lang=fra>>.

²⁴ Affaires mondiales, *Accord de libre-échange Canada-Chili*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/menu.aspx?lang=fr>>.

de nouvelles dispositions sur les marchés publics et une réforme des règles d'origine. De nouvelles règles d'origine seront désormais applicables dans le cadre des relations commerciales entre le Canada et le Chili conformément aux modifications apportées au chapitre D et à l'Annexe D-01 de l'*ALECC*. En plus d'apporter des modifications aux chapitres portant sur les marchés financiers et les marchés publics, les parties ont introduit dans l'*ALECC* une note interprétative relativement à la notion d'expropriation indirecte.²⁵ Pomme de discorde dans les opérations d'investissement, l'expropriation indirecte y constitue généralement l'alibi facile des entreprises multinationales pour contester l'exercice par les États de leur pouvoir de réglementation. Chose notable dans l'*ALECC*, l'expropriation indirecte n'est pas la conséquence immédiate d'impacts économiques préjudiciables de la norme réglementaire sur l'opération d'investissement. Plus précisément, la Commission du libre-échange de l'*ALECC* précise que:

Pour établir si une mesure ou un train de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faut examiner chaque espèce et procéder à une enquête sur les faits où les facteurs suivants, entre autres, sont pris en considération:

- i. les effets économiques de la mesure ou du train de mesures, bien que l'effet défavorable de la mesure ou du train de mesures d'une Partie sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte
- ii. la mesure dans laquelle la mesure ou le train de mesures porte atteinte aux attentes définies et raisonnables fondées sur l'investissement,
- iii. la nature de la mesure ou du train de mesures.²⁶

Autrement dit, la fameuse théorie de l'effet unique qui aura causé beaucoup de torts²⁷ aux États dans le cadre de l'*ALÉNA*, n'aura plus cours dans l'*ALECC*. L'ouverture vers les États du Sud, puissent-ils être des marchés prioritaires, ne doit pas faire perdre de vue la préservation des intérêts étatiques.

Au surplus, le Chili comme les pays membres du *PTP*, fait partie des marchés prioritaires du Canada. Dans ce cadre, la modernisation de

²⁵ Affaires mondiales, Commission du libre-échange de l'*ALECC*, Accord de libre-échange Canada-Chili, Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre G (31 Juillet 2002).

²⁶ Affaires mondiales, Décision de la Commission de libre-échange Canada-Chili, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/interpretation-indirect.aspx?lang=fr>>.

²⁷ *Metalclad Corporation v The United Mexican States*, ICSID Case n° ARB (AF)/97/1.

l'Accord Canada-Chili vise à créer un environnement plus favorable pour le commerce et l'investissement. Dans cet esprit, les prémices d'un environnement d'affaires plus favorable pour les deux parties se font déjà sentir puisqu'en 2014 les exportations canadiennes vers le Chili ont connu une hausse importante de 42 pour cent.²⁸ Une embellie que le Canada voudrait enfin voir concrétiser dans ses relations économiques et commerciales avec l'Europe.

Le bilatéralisme commercial avec l'Europe

Ces dernières années, l'essentiel du bilatéralisme commercial canadien avec l'Europe a tourné autour de l'AECG dont la ratification par l'ensemble des parties impliquées est encore loin d'être acquise. Compte tenu du peu de développements au cours de l'année 2015, nous n'y reviendrons pas dans la présente chronique.

En dehors de l'AECG, les actions autour du bilatéralisme commercial canadien avec l'Europe se résument aux actions entreprises par le Canada et l'Ukraine en vue de la signature de l'accord de libre-échange entre les deux parties intervenue le 14 juillet 2015.²⁹ Officiellement, l'accord institue des relations de coopérations économiques entre le Canada et l'Ukraine. En réalité, la portée de cette coopération ne se limite pas exclusivement aux relations économiques. Elle s'inscrit d'une part, dans la volonté des autorités ukrainiennes de trouver de nouveaux soutiens économiques à l'Ouest face à la menace russe et d'autre part, la volonté canadienne de se trouver de nouveaux alliés en Europe et du même coup, de renforcer sa coopération économique et son influence politique dans la région.

Cette vision extensive de la relation entre l'Ukraine et le Canada est perceptible lorsqu'on se penche plus précisément sur les documents résultant des négociations entre les deux parties. Il en résulte en effet que pour les autorités des deux parties, l'accord ainsi conclu ne peut être analysé sous le seul angle de la relation commerciale. Officiellement, la conclusion de cet accord par le Canada permet à celui-ci d'apporter son soutien à la réforme économique et au développement de l'Ukraine. En ce sens, l'accord offre au Canada des débouchés dans les secteurs agricoles et de biens industriels.

²⁸ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "Document d'information – Modernisation de l'Accord de libre-échange Canada-Chili," en ligne: <http://www.international.gc.ca/media/aff/news-communiques/2015/04/1ob_bg.aspx?lang=fra>.

²⁹ Affaires mondiales, Accord de libre-échange Canada-Ukraine (ALECU), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ukraine/index.aspx?lang=fra>>.

Mais l'accord prévoit en outre un partenariat pour la paix, la prospérité, la sécurité, la stabilité et le développement économique de l'Ukraine.³⁰ L'accord constitue donc une mesure supplémentaire dans la réponse canadienne à la crise en Ukraine.

Mais sur le strict plan des relations économiques, le Canada espère pouvoir réduire grâce à l'accord, les coûts des transactions et procéder à l'homologation des produits et normes techniques. L'accord prévoit en outre l'abolition de 86 pour cent des droits de douane ukrainiens sur de nombreux produits. En échange, les droits seront abolis à 99 pour cent sur de nombreux produits, à l'exception de ceux à offre réglementée.

LE CANADA DANS LE CONTENTIEUX DE L'ALÉNA

Autant le Canada est très actif sur la scène internationale où il fait du commerce international et de l'accès aux marchés des entreprises canadiennes son principal cheval de bataille, autant le pays fait partie des États développés les plus poursuivis dans le monde. Selon les études cumulées de la CNUCED (2014)³¹ et de Scott Sinclair (2015), le cadre juridique canadien notamment en matière d'investissement étranger est très contesté sur la scène internationale.³² Au courant de l'année 2015, on dénombrait dix (10) différends relevant du chapitre 11 de l'ALÉNA actifs dont trois sont portés devant un groupe spécial. Parmi les dix différends, six d'entre eux concernent le Canada³³ sans compter la plainte de *JML Heirs LLC* et *J.M. Longyear LLC* qui a finalement été retirée.³⁴ Au total, les groupes spéciaux ont rendu leur décision dans trois différends auxquels le Canada était partie. Dans l'affaire, *Detroit International Bridge Company v Government of Canada*,³⁵

³⁰ Affaires mondiales, Ensemble pour un avenir sûr et prospère, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ukraine/canada-ukraine.aspx?lang=fra>>.

³¹ UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* (Avril 2014), en ligne: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf> à la p 8.

³² Scott Sinclair, *Nafta Chapter 11 Investor-State Disputes*, Canadian Centre for Policy Alternatives, en ligne: <http://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2015/01/NAFTA_Chapter11_Investor_State_Disputes_2015.pdf> à la p 36.

³³ *Eli Lilly and Company v Government of Canada*; *Lone Pine Resources Inc v The Government of Canada*; *Mesa Power Group, LLC v Government of Canada*; *Mercer International Inc v Government of Canada*; *Mobil Investments Canada Inc v Canada*; *Windstream Energy LLC v Government of Canada*.

³⁴ *JML Heirs LLC and JM Longyear LLC v Canada* (26 juin 2015), en ligne: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4368.pdf>>.

³⁵ Affaires Étrangères, Commerce et Développement Canada, ALÉNA Chapitre 11 – Investissement, *Detroit International Bridge Company v Government of Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/Detroit-Bridge.aspx?lang=fra>>.

le groupe spécial a déterminé qu'il n'avait pas la compétence pour statuer sur la question. Les deux autres décisions, soit *Clayton/Bilcon v Canada*³⁶ et *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v Canada*³⁷ ont été défavorables au Canada.

À défaut de litiges essentiellement commerciaux dans le cadre de l'ALÉNA, nous consacrerons cette partie de la réflexion sur les trois différends concernant le Canada sur lesquels les groupes spéciaux de l'ALÉNA ont rendu une sentence.

Affaire Detroit International Bridge Company v Government of Canada

Retour sur les éléments factuels, les prétentions des parties et les éléments de procédure

L'affaire remonte en 2010, à la suite des notifications d'intention de Detroit International Bridge Company (DIBC), une entreprise américaine incorporée au Michigan, de soumettre en arbitrage une plainte contre le Gouvernement canadien conformément à la Section B du chapitre 11 de l'ALÉNA³⁸ et à l'article 1119 de l'ALÉNA.³⁹ L'affaire concernait l'"Ambassador Bridge," un pont reliant la ville de Détroit et la ville de Windsor et dont l'entreprise DIBC est l'unique propriétaire et le seul bénéficiaire des péages.⁴⁰ Le "Ambassador Bridge" est le plus important passage reliant les deux États.

Dans sa notification, DIBC y contestait la loi canadienne de 2007 dénommée, "*International Bridges and Tunnels Act*" (IBTA) qui confère au Gouvernement canadien l'autorité relative aux ponts internationaux.⁴¹ DIBC contestait le projet conjoint du Gouvernement canadien, ontarien,

³⁶ Affaires Étrangères, Commerce et Développement Canada, ALÉNA Chapitre 11 – Investissement, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc v Government of Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/clayton.aspx?lang=fra>>.

³⁷ *Mobil Investments Canada Inc and Murphy Oil Corporation v Canada*, Base de données Italaw, en ligne: <<http://www.italaw.com/cases/1225>>.

³⁸ *Detroit International Bridge Company*, Notification d'intention (23 mars 2015), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/detroit-02.pdf>> à la p 1.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Detroit International Bridge Company*, Sentence sur la juridiction (2 avril 2015), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/detroit-16.pdf>> à la p 7.

⁴¹ Affaires Étrangères, Commerce et Développement Canada, ALÉNA Chapitre 11 – Investissement, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/Detroit-Bridge.aspx?lang=fra>>.

américain et du Michigan de construire un nouveau pont (DRIC bridge) qui se trouverait à proximité de l'“Ambassador Bridge” et qui couvrirait essentiellement la même traversée.⁴² Le nouveau pont appartiendrait en partie au Gouvernement canadien.⁴³

En avril 2011, la notification d'arbitrage a été faite par le Detroit International Bridge Company et son entreprise Canadian Transit Company (CTC) conformément à l'article 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ainsi que les articles 1116(1), 1117(1) et 1120(1) (b) de l'ALÉNA.⁴⁴ Un groupe spécial composé de trois arbitres fut institué le 29 octobre 2012 conformément à l'article 1123 de l'ALÉNA⁴⁵ qui a décidé que l'arbitrage aurait lieu à Washington, DC.⁴⁶ Le 10 décembre 2012, les parties consentent à l'arbitrage devant la Cour permanente d'arbitrage, ainsi qu'à la séparation de l'arbitrage en trois parties, soit la compétence, le bien-fondé et les dommages.⁴⁷ La sentence sur la compétence a été prononcée le 2 avril 2015⁴⁸ et le 17 août 2015, celle portant sur les frais de l'arbitrage a été adoptée par le groupe spécial.⁴⁹

Finalement l'affaire opposera d'un côté, DIBC et son entité canadienne, Canadian Transit Company (CTC) et de l'autre, le Gouvernement canadien. De plus, en respect de l'article 105 de l'ALÉNA, l'entreprise DIBC avait inclus le Gouvernement provincial de l'Ontario, le gouvernement municipal de la ville de Windsor et des agences gouvernementales dans la notification pour arbitrage en affirmant que le gouvernement canadien est responsable des agissements de tous ces groupes.⁵⁰

DIBC a fondé sa demande d'arbitrage sur la violation par le Canada de trois obligations de l'ALÉNA: la violation des articles 1102, 1103 et 1105 de l'ALÉNA,⁵¹ soit respectivement les règles du traitement national,

⁴² *Detroit International Bridge Company*, Sentence sur la juridiction, *supra* note 40 à la p 42

⁴³ *Detroit International Bridge Company*, Notification d'intention, *supra* note 38 à la p 214, para 170.

⁴⁴ *Ibid.*, à la p 1.

⁴⁵ *Detroit International Bridge Company*, Sentence sur la juridiction, *supra* note 40 à la p 6.

⁴⁶ *Detroit International Bridge Company*, Ordre Procédural No 2 (28 janvier 2013), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/detroit-po-04.pdf>>.

⁴⁷ *Detroit International Bridge Company*, Sentence sur la juridiction, *supra* note 40 au para 77.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Detroit International Bridge Company*, Sentence sur les frais d'arbitrage (17 août 2015), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/detroit-2015-08-17-Award-on-Costs.pdf>>.

⁵⁰ *Ibid* à la p 4.

⁵¹ *Detroit International Bridge Company*, Notification d'intention (25 janvier 2010), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/detroit-01.pdf>> à la p 1.

du traitement de la nation la plus favorisée et de la norme minimale de traitement. Violations pour lesquelles DIBC demandait des dédommagements de 3,5 milliards de dollars.⁵² De plus, DIBC avait déposé trois autres plaintes au niveau national.

Pour sa défense, le Canada s'est plutôt situé sur le terrain procédural. En effet, pour le Gouvernement canadien, les autres différends, qui incluaient une réclamation en dommages-intérêts, avaient pour effet d'exclure la compétence du groupe spécial aux termes de l'article 1121 de l'*ALÉNA*.⁵³ Ainsi, les éléments de la demande se rapportant à l'accès routier et à la loi *IBTA* n'avaient pas été présentés en temps opportun selon les articles 1116 et 1117 de l'*ALÉNA*.⁵⁴ Ce faisant, l'entreprise DIBC souhaitait empêcher à tout prix un projet endossé par le Canada et les États-Unis, qui permettrait d'améliorer le commerce entre les deux nations et de faciliter le transport.

Le Canada prétendait conformément à la jurisprudence de l'*ALÉNA* dans les affaires, *Apotex v United States*, *Methanex*, *Bayview* et *Grand River*, que le plaignant doit démontrer le respect des conditions des articles 1121, 1116(2) et 1117(2) de l'*ALÉNA*.⁵⁵ De plus, pour le Canada, la détermination de la compétence d'un tribunal se fait au moment de la notification d'arbitrage. Par conséquent, il devenait impossible pour DIBC d'établir la compétence du groupe spécial subséquemment, à moins d'avoir le consentement du Canada.⁵⁶

Pour DIBC, le gouvernement canadien tente plutôt de nuire à l'"Ambassador Bridge," afin de favoriser un pont de propriété canadienne. La construction du nouveau pont, les travaux routiers favorisant le passage vers ce pont ainsi que le rejet d'un projet d'expansion de l'"Ambassador Bridge" sont autant d'éléments accablants pour le Canada. En se fondant sur l'article 27(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUCDI, DIBC soutenait que le Canada devait prouver ses prétentions et se décharger du fardeau de la preuve quant à la compétence du tribunal.⁵⁷ De plus, DIBC défendait que les événements subséquents à la notification d'arbitrage, pussent être soulevés pour établir la compétence du groupe spécial.⁵⁸ L'entreprise américaine était d'avis que l'interprétation de l'article 1121 de l'*ALÉNA* par le Canada était erronée, que la disposition avait été respectée

⁵² *Detroit International Bridge Company*, Notification d'arbitrage (28 avril 2011), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/detroit-03.pdf>> à la p 20.

⁵³ *Ibid* à la p 42-54.

⁵⁴ *Ibid* à la p 55-62.

⁵⁵ *Ibid* à la p 43.

⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁷ *Ibid* à la p 63-64.

⁵⁸ *Ibid* à la p 64-65.

par DIBC puisqu'il était de la responsabilité du Canada de prendre acte de la renonciation au bénéfice de l'article 1121 de l'*ALÉNA* en la présentant aux tribunaux appropriés.⁵⁹ Selon DIBC, les trois renonciations étaient valides⁶⁰ et la contestation judiciaire dans le District de Columbia ne tombait pas sous les interdictions de l'article 1121.⁶¹ En réponse à la position canadienne selon laquelle les plaintes n'avaient pas été faites en temps utile, DIBC a soutenu à nouveau que l'interprétation du Canada était erronée et que l'entreprise était dans ses droits de déposer sa plainte.⁶²

La position du Groupe spécial

Sur la prétention canadienne selon laquelle le groupe spécial n'avait pas la juridiction d'entendre la plainte étant donné l'irrespect par DIBC des exigences de l'article 1121 de l'*ALÉNA*, le groupe spécial répond en considérant que, selon l'article 1121 de l'*ALÉNA*, un groupe spécial est compétent seulement si le plaignant renonce à la possibilité d'initier des recours dans les États membres de l'*ALÉNA*, sauf exception prévues pour les procédures d'injonction et les mesures déclaratoires.⁶³ Rappelons à ce propos que DIBC avait exclu une procédure judiciaire ("Washington Litigation"), ce qui, selon le Canada, empêchait le groupe spécial de statuer sur la plainte.

Le groupe spécial a établi que les deux plaintes (suivant l'*ALÉNA* et le Washington Litigation) traitaient des mêmes mesures. Une "mesure" est une mesure gouvernementale qui est contestée, ce qu'il ne faut pas confondre avec les recours disponibles en réponse à la mesure. En l'espèce, la mesure contestée dans les deux affaires se rapportait au projet d'un nouveau pont et le manquement du Canada d'investir dans les autoroutes menant à l'"Ambassador Bridge." Le groupe spécial a donc conclu que les deux affaires traitaient des mêmes mesures.⁶⁴

Puisque DIBC avait réclamé des dommages-intérêts dans le Washington Litigation, le groupe spécial a pu conclure, aux termes de l'article 1121 de l'*ALÉNA*, qu'il n'avait pas la compétence de procéder à l'arbitrage, puisque l'exclusion était invalide.⁶⁵ De plus, le tribunal a statué que même sans une demande en dommages-intérêts, il aurait été impossible de se

⁵⁹ *Ibid* à la p 65.

⁶⁰ *Ibid* à la p 68–69.

⁶¹ *Ibid* à la p 69–75.

⁶² *Ibid* à la p 75–83.

⁶³ *Ibid* à la p 84–85.

⁶⁴ *Ibid* à la p 87–90.

⁶⁵ *Ibid* à la p 90.

prévaloir de l'exception pour les recours déclaratoires et d'injonction, ces recours devant être présentés devant une cour de l'État défendeur.⁶⁶

Le groupe spécial a donc conclu qu'il n'avait pas la compétence nécessaire pour poursuivre l'arbitrage de cette plainte, en raison de l'initiation, par DIBC d'une procédure judiciaire portant sur les mêmes mesures devant une autre juridiction. En méconnaissant ces règles, DIBC avait violé l'article 1121 de l'*ALÉNA*. De plus, les renonciations subséquentes⁶⁷ ne pouvaient pas corriger le non-respect de l'article 1121 de l'*ALÉNA* qui existait antérieurement et empêchait toute validité d'arbitrage.⁶⁸

Cependant, il est important de souligner que l'un des trois arbitres, Chertoff, a fait connaître son désaccord dans une opinion dissidente. Bien qu'il s'est dit d'accord avec la majeure partie de l'interprétation des deux autres membres, il était d'avis que les mesures contestées dans le Washington Litigation n'étaient pas les mêmes que celles soulevées devant le groupe spécial. Il en a conclu que la renonciation était valide.⁶⁹

Le tribunal n'a pas poursuivi son étude des autres motifs du Canada quant à l'admissibilité de la plainte. Le groupe spécial n'a pas rejeté les prétentions de DIBC comme le souhaitait le Canada, statuant simplement qu'il n'avait pas la compétence de statuer sur la plainte.⁷⁰

Le tribunal donnera aussi raison au Canada quant au fait qu'il appartenait à DIBC de supporter les frais judiciaires ou d'arbitrage. En effet, le Canada avait estimé, se fondant sur l'article 1135 de l'*ALÉNA*, l'article 42 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et les décisions *S.D. Myers* et *International Thunderbird*⁷¹ qu'il avait droit au remboursement de ses frais judiciaires, soit les frais d'arbitrage et des frais raisonnables de représentation et que la partie "perdante" devrait assumer ces frais. Pour DIBC, dans la majorité des cas, les frais d'arbitrage sont partagés et chaque partie assume ses frais de représentation. L'entreprise soutenait que les frais sont assumés par la partie "perdante" que dans des cas exceptionnels, entres autres, lorsque la plainte est manifestement infondée. En se basant sur la décision *Glamis Gold Ltd. v United States of America*, DIBC a soutenu que la décision relative à la compétence était complexe et que les deux parties avaient défendu leur position de façon sérieuse, causant même la formulation d'une dissidence de la part de Chertoff.⁷²

⁶⁶ *Ibid* à la p 90–92.

⁶⁷ *Ibid* à la p 92–97.

⁶⁸ *Ibid* à la p 92.

⁶⁹ *Ibid* à la p 100–01.

⁷⁰ *Ibid* à la p 98.

⁷¹ *Detroit International Bridge Company*, Sentence sur les frais d'arbitrage, *supra* note 49 à la p 7.

⁷² *Ibid* à la p 9–10.

Le tribunal a jugé que selon l'article 42 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la partie "perdante" assume les frais à moins que le tribunal ne décide autrement.⁷³ En l'espèce, le groupe spécial n'a pas vu de raison de déroger au principe. Cependant, puisque le tribunal avait seulement statué sur la question de la compétence, les frais accordés au Canada ne se rapportent qu'à cette question. DIBC devra alors assumer le 2/3 des frais légaux raisonnables du Canada et le total des coûts de l'arbitrage.⁷⁴ Le tribunal a tout de même décidé de réduire les coûts réclamés par le Canada, jugeant qu'ils étaient déraisonnables.⁷⁵ DIBC se doit de rembourser 1 777 706.30\$ CAN et 150,336.00\$ US au Canada.⁷⁶

Affaire, William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v Government of Canada

Retour sur les éléments factuels, de procédure et les prétentions des parties.

En mars 2015, le Gouvernement du Canada avait perdu sa cause dans le différend qui l'opposait à l'entreprise Bilcon of Delaware Inc. et à ses investisseurs. L'affaire concernait la construction d'une carrière et d'un projet de terminal maritime dans la ville de Whites Point en Nouvelle-Écosse.⁷⁷ Dans son recours, l'entreprise contestait entre autres le statut de Digby Neck en tant que zone industrialisée ou en tant que zone sensible au point de vue environnemental, les mesures imposées et invoquées relativement au dynamitage ainsi que le comportement des autorités au courant de l'été 2002.⁷⁸ En effet, la décision du Gouvernement canadien de rejeter le projet faisait suite à une évaluation environnementale effectuée par une commission conjointe fédérale-provinciale.⁷⁹

L'argument environnemental avancé par le Gouvernement fédéral et celui de la Nouvelle-Écosse n'a pas convaincu l'entreprise qui a décidé de contester la décision.⁸⁰ Le 5 février 2008, William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware ont ainsi notifié au Gouvernement du Canada, conformément aux articles

⁷³ *Ibid* à la p 13.

⁷⁴ *Ibid* à la p 14.

⁷⁵ *Ibid*.

⁷⁶ *Ibid* à la p 16.

⁷⁷ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Sentence concernant la compétence et la responsabilité (17 mars 2015), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-12.pdf>> à la p 1.

⁷⁸ *Ibid* à la p 27.

⁷⁹ *Ibid* à la p 1-2.

⁸⁰ *Ibid*.

1116 et 1119 de l'ALÉNA, leur intention de soumettre l'affaire à l'arbitrage. Les plaignants y alléguaient la violation des articles 1105, 1102 et 1103 de l'ALÉNA, soit la norme minimale de traitement, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée.⁸¹

Le 16 mai 2008, la notification d'arbitrage a été délivrée, conformément aux règles de l'ALÉNA (art. 1116 et 1120) et le Règlement d'arbitrage de l'CNUDCI (art. 3)⁸² et la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA.⁸³

Le 17 mars 2015, le groupe spécial prononçait sa sentence relativement à sa compétence⁸⁴ avec l'opinion dissidente du Professeur Donald McRae.⁸⁵

Dans cette affaire, Clayton/Bilcon soutenait que le Gouvernement de la Nouvelle-Écosse avait créé une expectative raisonnable en faisant croire que le projet de l'entreprise serait bien reçu et approuvé. Ce qui explique que Clayton/Bilcon se soit investi, dès le début du processus, à respecter les mesures environnementales imposées par le Gouvernement de la Nouvelle-Écosse. L'entreprise se disait prête à mettre du temps et les ressources nécessaires pour trouver des solutions satisfaisantes au niveau environnemental.⁸⁶ Cette expectative aurait ensuite été violée de façon discriminatoire et contraire aux articles 1102, 1103 et 1105 de l'ALÉNA.⁸⁷

L'entreprise alléguait qu'il y avait eu une influence politique injustifiée dans le processus de préparation du projet.⁸⁸ Le plaignant a affirmé que l'imposition du processus de révision environnemental par une commission conjointe était arbitraire et injuste, le projet n'étant pas d'une magnitude assez importante pour mériter ce processus rigoureux et extensif.⁸⁹ Cependant, Bilcon avait coopéré et participé au processus, en soumettant des expertises couteuses et des informations additionnelles sur demande.⁹⁰

⁸¹ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Notification d'intention (5 février 2008), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-01.pdf>> à la p 2-3.

⁸² *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Notification d'arbitrage (26 mai 2008), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-02.pdf>> à la p 1.

⁸³ *Ibid* à la p 2.

⁸⁴ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Sentence concernant la compétence et la responsabilité, *supra* note 77.

⁸⁵ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Opinion dissidente du Professeur Donald McRae (10 mars 2015), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-13.pdf>>.

⁸⁶ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Sentence concernant la compétence et la responsabilité, *supra* note 77 à la p 3.

⁸⁷ *Ibid* à la p 3.

⁸⁸ *Ibid* à la p 4.

⁸⁹ *Ibid* à la p 4-5.

⁹⁰ *Ibid* à la p 5.

Cependant, lors des audiences, Clayton/Bilcon s'était vu offrir très peu de temps pour s'exprimer. La décision finale s'était concentrée sur les valeurs centrales de la communauté, ce qui n'est pas un impact environnemental selon la loi fédérale ou provinciale. En effet, selon les demandeurs, il n'y a pas eu respect des standards mis en place par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, aucune identification claire du risque ni de recommandations d'amélioration de la proposition.⁹¹ De plus, Bilcon a dit ne pas avoir reçu d'avis l'informant de l'importance des valeurs centrales de la communauté. L'entreprise ne savait pas que ce facteur ferait l'objet d'une évaluation.⁹² Pour ce qui est des actes posés après l'évaluation, le ministre a refusé de rencontrer le demandeur en acceptant tout simplement le rapport.⁹³ Somme toute, Bilcon disait avoir subi un processus arbitraire, non équitable, sans respect des procédures et avec des motivations politiques, le tout contraire à l'*ALÉNA*.

Bilcon/Clayton demandait au groupe spécial de juger que le Canada avait violé ses obligations au titre du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, de rejeter les défenses juridictionnelles du Canada et d'accorder des dommages et intérêts pour les délais causés par le Canada relativement à la production de documents et des dommages-intérêts pour tous frais, coûts et dépenses encourus.⁹⁴ Selon la demande en arbitrage, les plaignants demandaient un minimum de 188 millions de dollars US en dommages-intérêts.⁹⁵

Le Canada pour sa part, prétendait que le projet concernait un site écologique sensible et que la consultation entre la province et le fédéral était tout à fait légale et raisonnable.⁹⁶ Le Canada a admis que le processus d'évaluation du projet devait être étudié comme un tout et non en étudiant les étapes isolément.⁹⁷ L'utilisation d'une commission était justifiée selon les circonstances⁹⁸ et les commentaires des représentants des gouvernements ont été faits de bonne foi et de manière raisonnable.⁹⁹ L'étude par la commission s'est faite dans le respect des lois et des procédures canadiennes et de la Nouvelle-Écosse.¹⁰⁰

⁹¹ *Ibid* à la p 6.

⁹² *Ibid* à la p 7.

⁹³ *Ibid*.

⁹⁴ *Ibid* à la p 23.

⁹⁵ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Notification d'arbitrage, *supra* note 82 à la p 10.

⁹⁶ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Sentence concernant la compétence et la responsabilité, *supra* note 77 à la p 8.

⁹⁷ *Ibid* à la p 9.

⁹⁸ *Ibid*.

⁹⁹ *Ibid* à la p 8.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 10.

Le Canada a soumis comme défenses qu'il y avait eu expiration du délai pour déposer la plainte, le fait que le Canada n'était pas responsable des actes de la commission au niveau international et que les violations invoquées n'étaient pas suffisamment sérieuses pour justifier l'application de la norme minimale de traitement. Quant aux articles 1102, 1103 de l'*ALÉNA*, le Canada a plaidé qu'il fallait prendre en compte les circonstances particulières de chaque cas. Le Canada a donc demandé que la plainte soit rejetée à l'étape de la responsabilité juridique. Il demandait aussi l'indemnisation des frais juridiques et des coûts et dépense encourus pour sa défense.¹⁰¹

La décision du Groupe spécial

En plus de devoir statuer sur sa compétence pour connaître du différend, le groupe spécial était appelé à déterminer si les mesures prises par le Gouvernement du Canada en rapport avec ce projet étaient incompatibles avec les obligations résultant du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, plus précisément les articles 1105, 1102, 1103 de l'*ALÉNA*.

S'agissant de la compétence du tribunal, le chapitre 11 de l'*ALÉNA* prévoit que celle-ci doit être démontrée par le demandeur.¹⁰² Après analyse approfondie des cinq éléments soulevés par le Canada, le tribunal a d'abord conclu, conformément à la jurisprudence *Methanex*, que Bilcon avait un rapport légal avec les décisions relatives au dynamitage en tant qu'investisseur au sens du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.¹⁰³ Le tribunal a ensuite considéré, conformément à la jurisprudence *Feldman*, *Mondev* et *Grand River* que le tribunal devait, compte tenu du temps écoulé depuis certains événements, faire une étude séparée des divers événements afin de déterminer lesquels seraient pris en considération en l'espèce.¹⁰⁴

Quant à la question de la responsabilité du Gouvernement canadien en ce qui concerne les actions de la Commission, le groupe spécial, en se fondant sur les articles 105 de l'*ALÉNA*, 4 et 5 de *Loi sur investissement Canada (LIC)*, a conclu qu'il était d'avis que la Commission faisait partie de l'appareil gouvernemental du Canada et exerçait son autorité. Les membres de la Commission sont nommés par le ministre de l'Environnement du Canada et la décision de la commission est une partie essentielle du processus de révision environnementale.¹⁰⁵

¹⁰¹ *Ibid* à la p 23.

¹⁰² *Ibid* à la p 61.

¹⁰³ *Ibid* à la p 64.

¹⁰⁴ *Ibid* à la p 74-75.

¹⁰⁵ *Ibid* à la p 87-88.

Sur le fond de l'affaire, le groupe a d'abord statué sur l'article 1105 de l'*ALÉNA* en référant à des décisions antérieures et particulièrement à la norme de traitement telle que définie dans *Waste Management*.¹⁰⁶ Le groupe spécial a ainsi relevé le seuil élevé requis pour établir la violation de la norme minimale de traitement. Toutefois, le groupe spécial a considéré que ce seuil est moins élevé désormais qu'il ne l'avait été, les tribunaux s'éloignant de l'opinion dans *Glamis*, et favorisant plutôt une plus grande protection des investisseurs.¹⁰⁷ Le groupe spécial en conclut donc qu'il fallait déterminer s'il y avait eu un comportement contraire au traitement juste et équitable et un traitement contraire à la protection et sécurité pleines et entières.¹⁰⁸ Le tribunal a déterminé qu'en l'espèce, il y avait eu violation de la norme minimale de traitement. En vue des attentes raisonnables que le Gouvernement avait créées dans l'esprit de *Clayton/Bilcon* et puisque ces derniers avaient agi de bonne foi et de manière raisonnable à la lumière de ces attentes, les actions subséquentes du Gouvernement et de la Commission ont été contraires à ces attentes.¹⁰⁹ Une étude approfondie du processus, des attentes et du comportement du Gouvernement et de la Commission ont mené le tribunal à conclure qu'il y avait violation de l'article 1105 de l'*ALÉNA*.¹¹⁰

En ce qui concerne les allégations du demandeur relativement à la violation présumée des articles 1102 et 1103 de l'*ALÉNA*, le groupe spécial a considéré que, bien que le recours à une Commission fût inhabituel dans les circonstances, *Clayton/Bilcon* ne pouvait pas déposer une plainte quant à cet élément, étant donné que le délai acceptable était expiré.¹¹¹ Le tribunal a stipulé que l'analyse selon l'article 1102 de l'*ALÉNA* ne devrait pas s'effectuer selon les critères stricts soumis par le Canada, c'est-à-dire seulement les situations avec une Commission conjointe Canada-provinciale. L'interprétation des mesures similaires devait être plus large.¹¹² Le tribunal, suite à une comparaison du traitement réservé à d'autres entreprises, a conclu que le traitement réservé par la Commission à *Clayton/Bilcon* était défavorable et discriminatoire.¹¹³ Il n'y avait aucune justification expliquant ce comportement selon ce qui est requis dans *Pope et Talbot*. Les mesures prises par rapport aux valeurs centrales

¹⁰⁶ *Ibid* à la p 124.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 126.

¹⁰⁸ *Ibid* à la p 128.

¹⁰⁹ *Ibid* à la p 130–31.

¹¹⁰ *Ibid* à la p 130–79.

¹¹¹ *Ibid* à la p 205.

¹¹² *Ibid*.

¹¹³ *Ibid* à la p 205–14.

de la communauté étaient contraires au droit et à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.¹¹⁴

Le tribunal n'a toutefois pas jugé opportun de se prononcer sur les allégations relativement à la violation de l'article 1103 de l'*ALÉNA* considérant le manque d'information et d'attention que les parties ont portée à cet élément de l'arbitrage.¹¹⁵

Il importe toutefois de souligner que la présente décision a fait l'objet d'une opinion dissidente, celle du Professeur Donald McRae qui s'est dit en désaccord avec la conclusion de la majorité relativement à la violation de l'article 1105 de l'*ALÉNA*.¹¹⁶ Il était en désaccord avec l'interprétation des faits de la majorité. Selon McRae, l'utilisation du facteur de valeurs centrales communautaires par la commission n'était pas un écart significatif de ce qui est prévu dans la loi comme standard d'évaluation.¹¹⁷ De plus, bien qu'il fût en accord avec la majorité que le standard à appliquer était celui de *Waste Management*, un standard élevé, il prônait une application flexible selon les faits de chaque plainte.¹¹⁸ Il a d'abord écarté les attentes raisonnables, qui étaient sans intérêt dans son analyse.¹¹⁹ Selon lui, le groupe spécial avait eu tort de conclure que le non-respect du droit ou de la procédure établie par la loi au Canada était suffisant pour conclure qu'il y avait un aspect arbitraire à la décision. Toute violation de droit canadien serait alors une violation de l'article 1105 de l'*ALÉNA*. Cependant l'*ALÉNA* doit permettre l'obtention de dommages-intérêts pour des violations de l'*ALÉNA* et non offrir des recours pour des matières de violation de droit canadien.¹²⁰ La preuve du caractère arbitraire n'a pas été faite devant le groupe spécial et les autres éléments de *Waste Management* n'ont pas fait l'objet de preuve concluante.¹²¹

McRae explique aussi que la décision aura des conséquences sur le pouvoir de légiférer relativement aux questions environnementales. D'abord, il est d'avis que la décision va diminuer l'efficacité des commissions de révision environnementales, puisqu'il y aura un contrôle extérieur plus important.¹²² De plus, il a souligné que la décision en l'espèce avait été prise en considération de l'environnement et de la communauté. Cette considération

¹¹⁴ *Ibid* à la p 214.

¹¹⁵ *Ibid* à la p 214-15.

¹¹⁶ *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, Opinion dissidente du Donald McRae, *supra* note 85 à la p 1.

¹¹⁷ *Ibid*.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 13.

¹¹⁹ *Ibid* à la p 14.

¹²⁰ *Ibid* à la p 15.

¹²¹ *Ibid* à la p 16.

¹²² *Ibid* à la p 17-18.

socio-économique sera mise en péril par la décision majoritaire, puisque de telles considérations mettront la décision à risque de contestation.¹²³

McRae était aussi d'avis qu'il n'y avait eu aucune violation aux termes de l'article 1102 et 1103 de l'*ALÉNA*, puisque le droit canadien a été respecté et qu'il n'avait pas d'attentes justifiées autres que le traitement selon la loi.¹²⁴ Le gouvernement du Canada a déposé une demande d'annulation de la sentence auprès de la Cour fédérale du Canada le 16 juin 2015 prétendant que le Tribunal a pris une décision en violation de sa compétence aux termes de l'*ALÉNA* et considère que la sentence est en contravention avec la politique publique canadienne.¹²⁵ La demande reste pendante au moment de la rédaction des présentes.

Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v Canada

Brève mise en contexte

Il importe de noter d'entrée de jeu que la décision rendue publique dans cette affaire est une version expurgée, ce qui peut parfois en réduire la compréhension quant aux faits et aux déterminations du groupe spécial. De ce qu'on en comprend, les plaignants contestaient les mesures mises en place en 2004 par l'Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers qui obligent les entreprises impliquées dans un projet pétrolier offshore à contribuer à la recherche et au développement de la province de Terre-Neuve et Labrador.

Le 2 août 2007, l'entreprise Murphy Oil déposait une notification d'intention de sa volonté de soumettre à l'arbitrage un recours conformément aux articles 1118 et 1119 de l'*ALÉNA*.¹²⁶ Le même jour, *Mobil Investments Canada* a présenté une notification d'intention d'entreprendre des procédures d'arbitrage.¹²⁷ L'arbitrage a été fait selon les règles de la *Convention de Washington* instituant l'arbitrage CIRDI.¹²⁸

¹²³ *Ibid* à la p 18–19.

¹²⁴ *Ibid* à la p 20.

¹²⁵ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, *ALÉNA* Chapitre 11 – Investissement, *Clayton/Bilcon v Gouvernement du Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/dispatch/clayton.aspx?lang=fra>>.

¹²⁶ *Murphy Oil Company v Government of Canada*, Notification d'intention (2 août 2007), en ligne: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3079_o.pdf>.

¹²⁷ *Mobil Investments Canada Inc v Government of Canada*, Notification d'intention (2 août 2007), en ligne: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3078_o.pdf>.

¹²⁸ *Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corporation v Government of Canada*, Notification d'arbitrage (1 novembre 2007), en ligne: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3080_o.pdf> aux para 18, 21.

Le 1^{er} novembre 2007, la notification d'arbitrage a été produite conjointement par les deux parties. La demande a été faite dans le respect des articles 1116(1), 1117(1) et 1120(1) (b) de l'ALÉNA.¹²⁹ Le 22 mai 2012, le groupe spécial a pris une décision quant à la responsabilité et au quantum.¹³⁰ La sentence relative aux dommages-intérêts a été communiquée aux parties le 20 février 2015.¹³¹

La décision du groupe spécial

Le groupe spécial était appelé à statuer sur la violation du chapitre 11 de l'ALÉNA, précisément, l'article 1106 de l'ALÉNA en 2012 relatif à l'interdiction par l'ALÉNA de l'obligation de prescription de résultat. En 2015, le groupe spécial a fixé le niveau des dommages-intérêts. La décision de 2012 quant à la responsabilité et au quantum avait déterminé que les mesures de 2004 adoptées par l'Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers, relativement aux dépenses de recherche et de développement, n'était pas protégée par l'article 1108(1) de l'ALÉNA en ce qui concerne les projets Hibernia et Terra Nova. La majorité du groupe spécial avait donc conclu qu'il y avait une violation de l'article 1106 de l'ALÉNA. Encore selon la majorité, *Mobil* et *Murphy Oil* avaient le droit à des dommages-intérêts pour autant que la preuve soutenant la demande de dommages-intérêts soit faite dans les soixante jours suivant la décision.¹³² L'arbitre dissident, le Professeur Philippe Sands, avait conclu pour sa part qu'il n'y avait pas de violation de l'article 1106 de l'ALÉNA et donc aucun droit aux dommages-intérêts n'était requis en l'espèce.¹³³

La demande de dommages-intérêts a été soumise le 23 juillet 2012, conformément à la décision. L'audience relative aux dommages a été tenue à Washington, le 23 avril 2013.¹³⁴ La violation de l'article 1106 de l'ALÉNA donne droit à des dommages-intérêts, mais la partie ayant droit aux dommages-intérêts doit faire la preuve de l'existence de dommages.¹³⁵ En l'espèce, les plaignants demandaient des dommages-intérêts pour les montants déboursés en raison des mesures de l'Office Canada-Terre-Neuve

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corporation v Government of Canada*, Sentence sur la responsabilité et le quantum (22 mai 2012), en ligne: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf>>.

¹³¹ *Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corporation v Government of Canada*, Sentence (20 février 2015), en ligne: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4399_0.pdf>.

¹³² *Ibid* au para 1.

¹³³ *Ibid* au para 4.

¹³⁴ *Ibid* au para 13.

¹³⁵ *Ibid* aux para 27-28.

des hydrocarbures extracôtiers. Ensuite, ils demandaient des dédommagements pour le déficit causé par la différence dépensée selon les mesures et les dépenses requises par les mesures.¹³⁶ Le Canada prétendait que les dépenses avaient été engagées dans le cours normal des affaires. De plus, tout montant supplémentaire aurait besoin d'être réduit, afin de représenter les avantages qui avaient été conférés aux entreprises, dont le *Scientific Research and Experimental Development Program*.¹³⁷

Le groupe spécial a souligné que la détermination des pertes était difficile et qu'il n'y a jamais eu de détermination dans des circonstances semblables devant un tribunal de l'ALÉNA. Les plaignants demandaient des dédommagements en raison d'un programme qui existe encore, la violation et la perte sont donc continues. Le tribunal a reçu des demandes des parties de statuer sur des événements futurs, ce qui a nécessité une étude approfondie des faits.¹³⁸ À ce stade, les questions étaient beaucoup plus factuelles et le groupe spécial a affirmé avoir peu de déterminations juridiques à faire.¹³⁹

Le groupe spécial a déterminé que le Canada doit 10 310 605\$ CDN à *Mobil Canada* et 2 273 635\$ CDN à *Murphy Oil*¹⁴⁰ en compensation des montants déboursés en raison des mesures de l'Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers.¹⁴¹ De plus, le Canada doit 3 582 408\$ CDN à *Mobil Canada* et 1 127 612\$ CDN à *Murphy Oil* en compensation pour le déficit (shortfall).¹⁴²

Les parties assumeront chacune leurs frais juridiques et les autres coûts liés à l'affaire tandis que les frais d'arbitrage seront séparés de façon égale.¹⁴³ Par ailleurs, le groupe spécial de l'ALÉNA sera appelé dans les prochaines semaines et mois à se prononcer sur six autres différends actifs soumis à l'arbitrage au courant de l'année 2015 et dont nous connaissons l'issue prochainement: *Windstream Energy LLC v Government of Canada*,¹⁴⁴ *Mesa Power Group, LLC v Government of Canada*,¹⁴⁵

¹³⁶ *Ibid* au para 29.

¹³⁷ *Ibid* au para 30.

¹³⁸ *Ibid* au para 32.

¹³⁹ *Ibid* au para 34.

¹⁴⁰ *Ibid* au para 178.

¹⁴¹ *Ibid*.

¹⁴² *Ibid*.

¹⁴³ *Ibid* au para 177.

¹⁴⁴ *Windstream Energy LLC v Government of Canada*, Itlaw, en ligne: <<http://www.italaw.com/cases/1585>>.

¹⁴⁵ *Mesa Power Group, LLC v Government of Canada*, Itlaw, en ligne: <<http://www.italaw.com/cases/1619>>.

Mercer International Inc. v Government of Canada,¹⁴⁶ *Lone Pine Resources Inc. v The Government of Canada*,¹⁴⁷ *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*,¹⁴⁸ *Mobil Investments Canada Inc. v Canada*.¹⁴⁹

LE COMMERCE CANADIEN ET L'OMC

LES DÉVELOPPEMENTS DANS LE SYSTÈME COMMERCIAL MULTILATÉRAL

Comme indiqué ci-dessus, l'année 2015 est une année particulière pour l'OMC puisqu'elle marque le vingtième anniversaire de l'Organisation. Le nouveau directeur de l'OMC, M. Azevêdo n'a pas manqué à cette occasion de souligner les progrès accomplis depuis le *GATT de 1994*, notamment en matière de démantèlement des barrières commerciales et les réponses appropriées apportées à la crise économique de 2008. Mais il en a également profité pour rappeler aux États membres de l'OMC, la nécessité de conclure le cycle de Doha entamé depuis 2001.¹⁵⁰ De manière générale, l'année 2015 a été marquée par de nouvelles accessions à l'OMC: les Seychelles deviennent le 161^e membre de l'OMC,¹⁵¹ les modalités d'entrée du Kazakhstan¹⁵² ont été formellement adoptées et un consensus a été convenu pour l'accession du Libéria¹⁵³ et de l'Afghanistan.¹⁵⁴ L'ensemble des textes a été adopté lors de la Conférence de Nairobi.¹⁵⁵ Par ailleurs, la douzième réunion du Groupe de travail de l'accession de l'Azerbaïdjan

¹⁴⁶ *Mercer International Inc v Government of Canada*, Itlaw, en ligne: <<http://www.itlaw.com/cases/1217>>.

¹⁴⁷ *Lone Pine Resources Inc v The Government of Canada*, Itlaw, en ligne: <<http://www.itlaw.com/cases/1606>>.

¹⁴⁸ *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*, Itlaw, en ligne: <<http://www.itlaw.com/cases/1625>>.

¹⁴⁹ *Mobil Investments Canada Inc v Canada*, Itlaw, en ligne: <<http://www.itlaw.com/cases/3198>>.

¹⁵⁰ OMC, Directeur general, Azevêdo: *L'OMC commémore vingt années de contribution à la croissance du commerce*, en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/dgra_01jan15_f.htm>.

¹⁵¹ OMC, *Nouvelle 2015*, en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/acc_syc_27apr15_f.htm>.

¹⁵² OMC, *Nouvelles 2015*, en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/acc_kaz_27jul15_f.htm>.

¹⁵³ OMC, *Nouvelle 2015*, en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/acc_lbr_06oct15_f.htm>.

¹⁵⁴ OMC, *Nouvelle 2015*, en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/acc_afg_11nov15_f.htm>.

¹⁵⁵ OMC, Déclaration ministérielle de Nairobi, 19 décembre 2015, OMC Doc WT/MIN (15) DEC, en ligne: <https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc10_f/mindecision_f.htm>.

a eu lieu en mars 2015.¹⁵⁶ Selon le Président de ce Groupe de travail, S.E.M. l'Ambassadeur Walter Lewalter, les négociations pour l'accèsion de l'Azerbaïdjan doivent "sortir de la routine."¹⁵⁷ Présentement, une série de questions ont été soumises à l'Azerbaïdjan qui devra répondre et soumettre son plan d'action.

L'année 2015 a également connu l'adoption d'un accord historique, à savoir l'accord sur les technologies de l'information¹⁵⁸ qui permettra d'éliminer les droits de douane sur plus de 200 produits dans le domaine des technologies de l'information.¹⁵⁹ Tel qu'expliqué par le Directeur général de l'OMC, Roberto Azevêdo, "d'après le plan conclu ... en 2016 les droits seront éliminés sur environ 65% des lignes tarifaires (représentant quelque 88% des importations). D'ici à 2019, ce chiffre passera à 89% des lignes tarifaires (et 95% des importations) et il atteindra 100% sur 7 ans."¹⁶⁰

Les 53 pays signataires¹⁶¹ de l'accord représentent 90 pour cent du commerce mondial et le commerce des produits concernés représente plus de 1 300 milliards de dollars EU. Le nouvel accord permet d'étendre la portée de l'ancien accord de 1996 sur les technologies de l'information à de nouveaux produits arrivés sur le marché dont les semi-conducteurs de nouvelle génération, les systèmes de navigation par GPS, ou les satellites de télécommunication, les écrans tactiles, etc.

On retiendra surtout de l'année 2015, la tenue pour la première fois de l'histoire de l'OMC, en Afrique de la 10e Conférence ministérielle dont les résultats ont été qualifiés d'historiques par l'ensemble des parties prenantes aux négociations.¹⁶² Le "Paquet de Nairobi"¹⁶³ contient une série de

¹⁵⁶ OMC, *Nouvelle 2015*, en ligne: <https://www.wto.org/french/thewto_f/acc_f/a1_azerbaïdjan_f.htm>.

¹⁵⁷ <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/acc_aze_06mar15_f.htm>.

¹⁵⁸ OMC, *L'Accord sur les technologies de l'information- Quelques explications*, en ligne: https://www.wto.org/french/tratop_f/inftec_f/itaintro_f.htm.

¹⁵⁹ OMC, Conseil général, "Les membres de l'OMC parviennent à un accord décisif sur le commerce des TI représentant 1300 milliards de dollars EU," en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/ita_23jul15_f.htm>.

¹⁶⁰ OMC, *Conférence de presse sur l'accord sur les technologies de l'information: Observations du Directeur général Roberto Azevêdo* (16 décembre 2015), en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/spra_f/spra104_f.htm>.

¹⁶¹ OMC, *Accord sur les technologies de l'information*, Liste des concessions, en ligne: <https://www.wto.org/french/tratop_f/inftec_f/itscheds_f.htm>.

¹⁶² OMC, Ministerial Conference, 10th, Nairobi, Les Membres de l'OMC obtiennent à Nairobi un ensemble de résultats "historiques" pour l'Afrique et le monde, 19 décembre 2015, en ligne: <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/mc10_19dec15_f.htm>.

¹⁶³ OMC, Dixième Conférence ministérielle de l'OMC, Nairobi 2015, Le Paquet de Nairobi, en ligne: <https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc10_f/nairopackage_f.htm>.

décisions majeures qui marquent des avancées substantielles sur le long périple devant mener à la clôture du cycle de Doha: l'agriculture, le coton et les questions concernant les PMA.

Sur le dossier agricole, trois décisions ont été adoptées par les Membres de l'OMC: La Décision portant sur le Mécanisme de sauvegarde spéciale en faveur des pays en développement,¹⁶⁴ la Décision portant sur la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire¹⁶⁵ et la Décision sur la concurrence à l'exportation.¹⁶⁶

On se souviendra que lors de la Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Bali, en 2013, les ministres avaient convenu que les membres agiraient avec la plus grande modération dans l'utilisation de toutes les subventions à l'exportation. Le Paquet de Nairobi fait écho aux engagements de Bali en tentant d'y introduire des engagements contraignants d'élimination complète des subventions à l'exportation. Aussi, les Membres développés de l'OMC sont-ils engagés à supprimer immédiatement les subventions à l'exportation, sauf pour un petit nombre de produits agricoles. Les pays en développement s'y emploieront d'ici 2018 tout en conservant une certaine flexibilité leur permettant de couvrir les coûts de commercialisation et de transport pour les exportations de produits agricoles jusqu'à la fin de 2023. Les pays les plus pauvres et importateurs nets de produits alimentaires bénéficient d'un délai additionnel pour réduire les subventions à l'exportation.¹⁶⁷ Le paquet de Nairobi a tenté d'instituer des modalités visant à encadrer plus rigoureusement les mesures de contournement (crédits à l'exportation, garantie de crédits à l'exportation et l'aide alimentaire internationale).¹⁶⁸ Ces modalités devraient permettre d'éviter que les États recourent à ces mesures pour atteindre les mêmes objectifs que les subventions à l'exportation de produits agricoles. Les modalités incluent également des règles qui

¹⁶⁴ OMC, Conférence ministérielle, Dixième session, Nairobi (15–18 décembre 2015), *Mécanisme de sauvegarde spéciale en faveur des pays en développement membre* (21 décembre 2015), OMC Doc WT/MIN(15)/43; WT/L/978, en ligne: <file:///C:/Users/princeh/Downloads/43.pdf>.

¹⁶⁵ OMC, OMC, Conférence ministérielle, Dixième session, Nairobi (15–18 décembre 2015), *Détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire*, OMC Doc WT/MIN(15)/44; WT/L/979, 21 décembre 2015, en ligne: file:///C:/Users/princeh/Downloads/44.pdf.

¹⁶⁶ *Décision ministérielle du 19 décembre 2015*, Concurrence à l'exportation, en ligne: <file:///C:/Users/princeh/Downloads/45.pdf>.

¹⁶⁷ Voir en ligne sur le site de l'OMC, <https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/mc10_19dec15_f.htm>.

¹⁶⁸ OMC, Conférence ministérielle, Dixième session, Nairobi (15–18 décembre 2015), *Concurrence à l'exportation*, OMC Doc WT/MIN(15)/45; WT/L/980 (21 décembre 2015) à la p 4, en ligne: <file:///C:/Users/princeh/Downloads/45.pdf>.

encadrent les financements en faveur des exportateurs de produits agricoles et l'institution des entreprises d'État faisant le commerce de produits agricoles.

Le Paquet de Nairobi réaffirme son attachement à l'Accord sur la facilitation des échanges¹⁶⁹ conclu lors de la Conférence ministérielle de Bali et dont le Protocole d'amendement¹⁷⁰ a été adopté en 2014 en vue de son insertion à l'annexe 1A de l'Accord sur l'OMC.

LES DIFFÉRENDS DEVANT L'OMC IMPLIQUANT LE CANADA

Au cours de l'année 2015, l'Organe de règlement des différends de l'OMC a connu plus d'une douzaine d'affaires. Parmi celles-ci, les États-Unis y ont été impliqués à plus de sept reprises,¹⁷¹ soit comme partie plaignante,¹⁷² soit en tant que défendeur¹⁷³ ou comme tierce partie.¹⁷⁴ En ce qui concerne le Canada, les affaires dans lesquelles le pays a été impliqué au cours de la même période sont de vieux contentieux dont les procédures ont suivi leurs cours durant l'année 2015. Il en est ainsi de l'affaire, *Canada – Mesures antidumping visant les importations de certains tubes soudés Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu*¹⁷⁵ et de l'affaire *Chine – Mesures antidumping visant les importations de pâte de cellulose en provenance du Canada*.¹⁷⁶ Aucune de ces deux affaires n'a encore fait l'objet de

¹⁶⁹ OMC, Comité préparatoire de la facilitation des échanges, *Accord sur la facilitation des échanges*, OMC Doc WT/L/ (15 juillet 2014).

¹⁷⁰ OMC, Conseil général, *Protocole portant amendement de l'accord de Marrakech instituant l'organisation mondiale du commerce*, OMC Doc WT/L/940 (28 novembre 2014).

¹⁷¹ OMC, *Règlement des différends*, en ligne: <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/find_dispu_cases_f.htm?year=2015&subject=none&agreement=none&member1=USA&member2=none&complainant1=true&complainant2=true&respondent1=true&respondent2=true&thirdparty1=true&thirdparty2=false#results>.

¹⁷² *Chine – Mesures concernant les programmes relatifs aux bases de démonstration et aux plates-formes de services communs* (Plaignant: États-Unis) – DS489.

¹⁷³ *États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires visant certains papiers couchés en provenance d'Indonésie* (Plaignant: Indonésie) – DS491.

¹⁷⁴ *Indonésie – Mesure de sauvegarde concernant certains produits en fer ou en acier* (Plaignant: Taipei Chinois) – DS490; *Union européenne – Mesures affectant les concessions tarifaires concernant certains produits à base de viande de volaille* (Plaignant: Chine) – DS492; *République de Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides* (Plaignant: Japon) – DS495; *Indonésie – Mesure de sauvegarde concernant certains produits en fer ou en acier* (Plaignant: Viet Nam) – DS496; *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions* (Plaignant: Japon) – DS497.

¹⁷⁵ *Canada – Mesures antidumping visant les importations de certains tubes soudés Territoire douanier distinct de Taïwan, Penahu, Kinmen et Matsu*, OMC Doc WT/DS482/2 (12 mai 2015).

¹⁷⁶ *Chine – Mesures antidumping visant les importations de pâte de cellulose en provenance du Canada*, OMC Doc WT/DS 483/2 (27 avril 2015).

rapport de la part du groupe spécial et aucune des parties impliquées n'a annoncé son retrait du processus. Dans les affaires portées devant l'OMC au cours de l'année 2015, le Canada y aura été impliqué seulement à titre de tierce partie.¹⁷⁷

Toutefois, on ne saura passer sous silence l'affaire, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*¹⁷⁸ initiée par le Mexique et le Canada. Le rapport rendu par l'Organe d'appel le 18 mai 2015 portait sur l'application de l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, une disposition relative à la mise en conformité.

Les faits à la base de ce différend remontent respectivement au 1^{er} décembre 2008 et au 17 décembre 2008 à la suite d'une demande de consultation sollicitée par le Canada et le Mexique auprès des États-Unis au sujet de certaines dispositions impératives en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) de la Loi sur la commercialisation des produits agricoles de 1946, modifiées par la Loi sur l'agriculture de 2008, et mises en œuvre par la règle finale provisoire du 28 juillet 2008. Les deux pays contestaient principalement le traitement accordé à leurs bovins et porcs importés aux États-Unis les jugeant incompatibles avec les engagements des États-Unis au titre de certaines dispositions du *GATT de 1994*,¹⁷⁹ de l'*Accord OTC*¹⁸⁰ et de l'*Accord sur les règles d'origine*.¹⁸¹

En 2011, le groupe spécial¹⁸² avait établi que la mesure EPO constituait un règlement technique au sens de l'*Accord OTC* et qu'elle était incompatible avec les engagements des États-Unis à l'OMC. Pour le groupe spécial, la mesure américaine était en violation avec les articles 2.1 (traitement discriminatoire) et 2.2 (objectif non légitime) de l'*Accord OTC* et les "suggestions d'action volontaire" énoncées dans la lettre de M. Vilsack allaient au-delà de certaines obligations découlant de la mesure EPO. Cette lettre

¹⁷⁷ *Chine – Mesures concernant les programmes relatifs aux bases de démonstration et aux plateformes de services communs* (Plaignant: États-Unis) – DS489; *États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires visant certains papiers couchés en provenance d'Indonésie* (Plaignant: Indonésie) – DS491; *Union européenne – Mesures affectant les concessions tarifaires concernant certains produits à base de viande de volaille* (Plaignant: Chine) – DS492; *République de Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides* (Plaignant: Japon) – DS495.

¹⁷⁸ *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, Recours à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends par le Canada et le Mexique, OMC Doc WT/DS384/AB/RW; WT/DS386/AB/RW (18 mai 2015).

¹⁷⁹ *GATT de 1994*, Arts III:4, IX:2, IX:4 et X:3 du.

¹⁸⁰ Art 2 de l'*Accord OTC* ou, à titre subsidiaire, les articles 2, 5 et 7 de l'*Accord SPS*.

¹⁸¹ Art 2 de l'*Accord sur les règles d'origine*.

¹⁸² *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, OMC Doc WT/DS384/AB/RW; WT/DS386/AB/RW (18 novembre 2011).

constituait une application déraisonnable de la mesure, violant ainsi l'article X:3(a) du *GATT de 1994*.

Porté en appel en 2012 par les États-Unis, l'organe d'appel a confirmé les constatations du groupe spécial¹⁸³ considérant que les prescriptions EPO des États-Unis instituent effectivement un traitement moins favorable qui discrimine les porcs et bovins canadiens au profit des produits similaires nationaux. L'Organe d'appel a jugé que "la mesure EPO avait une incidence préjudiciable sur le bétail importé parce que ses prescriptions en matière de tenue des registres et de vérification créaient pour les entreprises de traitement une incitation à utiliser du bétail exclusivement national et une désincitation à utiliser du bétail importé similaire."¹⁸⁴ Il en conclut donc à la violation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* par les États-Unis. Par contre, l'Organe d'appel ne tire pas les mêmes conclusions que le groupe spécial s'agissant de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

En effet, l'Organe d'appel a considéré que, même si le groupe spécial avait dûment identifié l'objectif de la mesure EPO comme étant "de fournir aux consommateurs des renseignements sur l'origine" et n'avait pas fait erreur en concluant qu'il s'agissait d'un objectif "légitime," le groupe spécial avait toutefois fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 2.2.¹⁸⁵ Pour l'Organe d'appel, le groupe spécial ne pouvait conclure à l'absence de légitimité d'une mesure pour la simple raison que celle-ci ne réalisait pas complètement son objectif ou ne dépassait pas un niveau minimum de réalisation. Ainsi, étant donné que la mesure EPO contribuait bel et bien, au moins dans une certaine mesure, à la réalisation de son objectif, elle ne pouvait être jugée incompatible avec l'article 2.2. Pour l'Organe d'appel, le groupe spécial n'a pas été en mesure de déterminer si cette mesure était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser un objectif légitime au sens de l'article 2.2.

Le présent recours fait suite à la contestation par le Canada des mesures prises par les États-Unis pour se conformer à la décision de l'Organe d'appel. Plus précisément, le Canada considère que les modifications apportées par l'USDA aux prescriptions en matière d'étiquetage EPO ne permettent pas aux États-Unis de se mettre pleinement en conformité avec la décision de l'organe de règlement des différends de l'OMC. Au contraire, le Canada considère que les modifications causaient un dommage supplémentaire.

¹⁸³ *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, OMC Doc WT/DS384/AB/RW; WT/DS386/AB/RW (29 juin 2012).

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

Dans sa décision rendue en 2014¹⁸⁶ relativement à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, le groupe spécial de la mise en conformité a confirmé que "l'incidence préjudiciable causée par les règles en matière d'étiquetage et de tenue de registres prévues par la mesure EPO modifiée ne pouvait pas être expliquée par la nécessité de donner aux consommateurs des renseignements concernant les pays dans lesquels le bétail était né, élevé et abattu." Il a en sus considéré que "la mesure EPO modifiée avait augmenté le "degré de caractère restrictif pour le commerce considérable" qui avait été constaté dans le différend initial." En évaluant les risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait, le groupe spécial de la mise en conformité n'a toutefois pas été en mesure de conclure que la mesure EPO modifiée était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire à la lumière des mesures de rechange proposées. Le Groupe spécial de la mise en conformité a cependant reconnu que la mesure EPO modifiée violait l'article III:4 du *GATT de 1994* puisque la mesure accroissait l'incidence préjudiciable de la mesure EPO initiale sur les possibilités de concurrence du bétail importé par rapport aux produits similaires des États-Unis.

Cette décision a été une nouvelle fois contestée devant l'Organe d'appel par les États-Unis.¹⁸⁷ Dans son rapport, l'Organe d'appel a rejeté les arguments avancés par les États-Unis au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. S'agissant de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, l'Organe d'appel a indiqué souscrire à l'avis du groupe spécial considérant qu'une "mesure de rechange fournissant des renseignements moins ou beaucoup moins exacts, mais dont l'éventail des produits visés était nettement plus large, pourrait être considérée comme apportant une contribution d'un degré "équivalent" à celle de la mesure EPO modifiée."¹⁸⁸

Cependant, l'Organe d'appel est également d'accord avec le Canada et le Mexique que le groupe spécial conclut à tort que les deux pays n'avaient pas établi *prima facie* que la mesure EPO modifiée était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire. De la même manière, l'Organe d'appel a considéré que le groupe spécial a fait "erreur en concluant qu'il n'était pas en mesure de déterminer la gravité des conséquences de la non-réalisation de l'objectif de la mesure EPO modifiée."¹⁸⁹

¹⁸⁶ *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, OMC Doc WT/DS384/RW; WT/DS386/RW (20 octobre 2014).

¹⁸⁷ *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends par le Canada et le Mexique, OMC Doc WT/DS384/RW; WT/DS386/RW (18 mai 2015).

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

L'Organe d'appel a également confirmé la décision du groupe spécial au titre de l'article III.4 du *GATT de 1994*.

Le recours intenté par les États-Unis en 2015 dans le cadre de ce différend visait à contester le niveau de suspension de concessions et d'obligations proposées par le Canada. La décision a donc été rendue au titre de l'article 22:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends.¹⁹⁰

Dans sa décision, l'arbitre cantonné au rôle de détermination du niveau de suspension des avantages, a établi que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant au Canada était de 1 054 729 000 dollars canadiens et a indiqué que les suspensions ou réductions d'avantages pouvaient se faire dans le secteur des marchandises au titre du *GATT de 1994* pour un montant ne dépassant pas le montant déterminé par l'arbitre, soit 1 054 729 000 dollars canadiens par an. Conformément aux décisions de l'arbitre en vertu de l'article 22:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, l'autorisation lui fut accordée par l'ORD le 21 décembre 2015.

CONCLUSION

Étant donné les résultats bien que timides des négociations commerciales multilatérales, le succès de l'Organe de règlement des différends auprès des États membres de l'OMC et la poursuite du processus d'adhésion à l'OMC, il est difficile de conclure à une mort annoncée du système commercial multilatéral. À l'occasion de la célébration du vingtième anniversaire de l'organisation, plusieurs s'interrogent pourtant sur la viabilité de l'OMC. En effet, la prolifération des accords de libre-échange qui semble faire prévaloir le bilatéralisme commercial sur le multilatéralisme pousse de nombreux observateurs à s'interroger à juste titre sur le maintien de l'OMC tel qu'elle fonctionne aujourd'hui. La question n'est pas que canadienne si l'on s'en tient aux regroupements régionaux qui ne cessent de se construire partout à travers la planète. L'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, le *PTP*, le *Traité transatlantique de commerce et d'investissement* sont autant d'exemples qui témoignent d'une certaine forme de fragilisation du multilatéralisme. Pour sa part, la discrétion des autorités canadiennes à l'occasion de la dernière conférence ministérielle de Nairobi témoigne peut-être aussi du penchant de plus en plus prononcé de la politique commerciale canadienne vers le bilatéralisme. Il semble bien, et la présente chronique le démontre assez parfaitement que les États font davantage confiance au mécanisme de règlement des différends de l'OMC qu'à l'intégration économique internationale à l'échelle internationale. Même dans le cas de contentieux entre

¹⁹⁰ Décision de l'arbitre, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, recours des États-Unis à l'article 22:6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends par le Canada et le Mexique, OMC Doc WT/DS384/RW; WT/DS386/RW (7 décembre 2015).

États membres d'une intégration régionale, le mécanisme de l'OMC semble être privilégié. C'est dire toute la confiance qu'inspire l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Il faudra simplement espérer que cette préférence du régionalisme au détriment du multilatéralisme n'entraîne effectivement la mort de l'OMC.