

ANNE-MARIE LAROCHELLE

**LES LIMITES DES INSTITUTIONS
INTERNATIONALES :**
Le cas de l'Accord de libre-échange nord-américain

Mémoire présenté
à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval
dans le cadre du programme de maîtrise en Relations internationales
pour l'obtention du grade de maître ès arts (M.A.)

INSTITUT QUÉBÉCOIS DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES
UNIVERSITÉ LAVAL
QUÉBEC

2008

© Anne-Marie Larochelle, 2008

À ma mère

RÉSUMÉ

Diverses théories ont été élaborées pour expliquer la formation des institutions internationales. Prenant appui sur l'approche du choix rationnel et sur le concept de la légalisation, ce mémoire propose une analyse de la relation entre les préférences des États et la nature du design institutionnel obtenu au terme de la négociation d'un accord commercial, lorsqu'il y a asymétrie entre les partenaires. L'hypothèse postule que la nature du design institutionnel obtenu correspondra davantage aux préférences de l'État puissant. Le cas à l'étude est l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), dont la pratique a démontré qu'il présentait une structure institutionnelle inadéquate. Les résultats obtenus ne permettent pas de confirmer l'hypothèse et nous amènent à considérer d'autres facteurs qui ont pu influencer le design institutionnel de cet accord.

REMERCIEMENTS

Au terme du long processus que fut la rédaction de ce mémoire, je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont appuyée et encouragée dans la réalisation de ce travail d'envergure.

Mes premiers remerciements sont dirigés à mes directeurs de mémoire, messieurs Gordon Mace et Richard Ouellet, qui m'ont guidée avec justesse tout au long de mon cheminement. Je les remercie de leurs commentaires et de leurs conseils, ainsi que de leur grande disponibilité et de leur patience.

J'adresse également mes plus sincères remerciements aux membres, actuels et anciens, du personnel de l'Institut québécois des hautes études internationales, Julie Gagné, Annie Laliberté, Micheline Brassard et Lucie Blouin, qui m'ont apporté un appui fort apprécié tout au long de mes études de maîtrise.

Je tiens à remercier tout spécialement mes collègues de la Direction des relations interparlementaires et internationales de l'Assemblée nationale, qui n'ont cessé de m'encourager et qui ont grandement contribué à faciliter l'atteinte de cet objectif : Hélène Galarneau, Gilles Pageau, Brigitte Filion, Dominique Drouin et Jacques Paquet. Je leur suis très reconnaissante.

Je remercie particulièrement Elizabeth Martin pour ses conseils judicieux et éclairés, Dominique Dos-Ghali pour son appui considérable à la révision linguistique, Lidia Bergeron pour sa disponibilité et son aide précieuse à la mise en page, et mon frère Simon Larochelle pour ses nombreux dépannages informatiques.

Ma famille, tout particulièrement mes parents et mes frères, de même que ma belle-famille et mes amis, m'ont soutenue et encouragée, chacun à leur manière, au cours des cinq dernières années. Je leur témoigne toute ma gratitude et je partage avec eux la satisfaction de clore ce chapitre de ma vie.

Enfin, j'ai une pensée toute spéciale pour mon conjoint, Jean-Philippe Beaudry, qui m'accompagne depuis les débuts de mon programme de maîtrise. Je le remercie de sa présence à mes côtés, de sa confiance et de sa grande compréhension. Cet accomplissement n'aurait été possible sans son appui indéfectible et ses encouragements constants.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	ii
REMERCIEMENTS.....	iii
TABLE DES MATIÈRES	iv
LISTE DES SIGLES ET DES ACRONYMES	vi
INTRODUCTION	I
CHAPITRE PREMIER – DÉFINITION DU PROBLÈME DE RECHERCHE ET DE LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE.....	10
1.1. Élaboration de la problématique	10
1.1.1. Définition de l'objet d'étude : les institutions internationales.....	10
1.1.2. Question générale de recherche	13
1.1.3. Théorie des institutions internationales : différentes approches.....	14
1.1.3.1. L'approche du choix rationnel	14
1.1.3.2. Le concept de la légalisation.....	18
1.1.3.3. L'approche de l'engagement critique	21
1.1.3.4. L'approche « gagnants et perdants ».....	22
1.1.4. Problème spécifique de recherche	24
1.1.4.1. Choix d'un cadre théorique.....	24
1.1.4.2. Lacunes observables dans la littérature.....	26
1.1.5. Question spécifique de recherche et hypothèse	28
1.2. Démarche méthodologique	32
1.2.1. Élaboration du cadre opératoire.....	32
1.2.1.1. Définition des variables	32
1.2.1.2. Mesure du niveau de légalisation.....	38
1.2.2. Stratégie de vérification	42
1.2.3. Collecte et traitement des données.....	43

CHAPITRE DEUXIÈME – DESIGN INSTITUTIONNEL DE L’ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN	46
2.1. Présentation du cadre institutionnel de l’ALENA	46
2.1.1. Commission du libre-échange	46
2.1.2. Comités et groupes de travail.....	47
2.1.3. Secrétariat	49
2.1.4. Mécanismes de règlement des différends	49
2.1.4.1. Chapitre 20 – Interprétation et mise en œuvre de l’accord	49
2.1.4.2. Chapitre 19 – Application des droits antidumping et compensateurs...51	
2.1.4.3. Chapitre 11 – Investissement	53
2.1.4.4. Chapitre 14 – Services financiers.....	55
2.1.5. Évolution du cadre institutionnel de l’ALÉ à l’ALENA	55
2.2. Analyse de l’ALENA en fonction des variables.....	58
2.2.1. Obligation	58
2.2.2. Précision.....	65
2.2.3. Délégation	70
2.3. Design institutionnel de l’ALENA	75
 CHAPITRE TROISIÈME – PRÉFÉRENCES DES ÉTATS PARTIES À L’ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE CANADA – ÉTATS-UNIS ET À L’ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN POUR UN DESIGN INSTITUTIONNEL	79
3.1. Négociations de l’Accord de libre-échange Canada – États-Unis	80
3.1.1. Mise en contexte	80
3.1.2. Préférences du Canada.....	83
3.1.3. Préférences des États-Unis.....	87
3.1.4. Nature du design institutionnel obtenu	91
3.2. Négociations de l’Accord de libre-échange nord-américain.....	96
3.2.1. Mise en contexte	96
3.2.2. Préférences du Canada.....	98
3.2.3. Préférences des États-Unis.....	102
3.2.4. Préférences du Mexique.....	106
3.2.5. Nature du design institutionnel obtenu	110
3.3. Analyse des résultats.....	115
3.3.1. Asymétrie.....	115
3.3.2. Autres facteurs à considérer.....	117
CONCLUSION.....	121
BIBLIOGRAPHIE.....	127

LISTE DES SIGLES ET DES ACRONYMES

ALÉ	Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
APEC	Coopération économique de la zone Asie-Pacifique
CCE	Comité de contestation extraordinaire
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
GSB	Groupe spécial binational
IED	Investissement direct étranger
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
PNB	Produit national brut
PRI	Parti de la révolution institutionnelle
PSP	Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité
SPS	sanitaires et phytosanitaires (mesures)
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques

INTRODUCTION

L'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en 1994, entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, a donné naissance à la première zone de libre-échange en importance dans le monde, dominée à près de 90 % par les États-Unis. Les plus optimistes envisageaient une élévation du niveau de vie pour les populations des trois États, soutenue par une importante hausse des échanges commerciaux et la création de plusieurs milliers d'emplois. À l'opposé, l'ampleur de la disparité entre ces trois économies alimentait les craintes d'une domination de l'accord par les États-Unis et d'un accroissement de la dépendance du Canada et du Mexique envers le géant américain. Cette disparité intensifiait en même temps les menaces de délocalisation d'entreprises et d'emplois au profit du Mexique.

Près de quinze ans après sa mise en oeuvre, on constate que l'ALENA est d'abord et avant tout un accord économique, visant à encadrer les échanges de biens et de services entre les trois partenaires nord-américains. L'ALENA a permis un accroissement des échanges commerciaux de 304 milliards de dollars américains, en 1993, à 903 milliards de dollars américains au terme de sa douzième année d'existence¹. Le secteur de l'investissement n'est pas en reste, puisque l'investissement étranger direct (IED), en provenance de l'un des partenaires, dans les trois pays de l'ALENA a plus que triplé, passant de 138 milliards de dollars américains, en 1993, à 533 milliards de dollars américains en 2006. L'ALENA a également contribué à créer un environnement propice pour attirer des IED en provenance de pays tiers².

¹ Commission du libre-échange de l'ALENA. *NAFTA – The Road Ahead*. Vancouver, 2007, p. 1.

² *Ibid.*, p. 3

Au-delà de l'opinion résolument optimiste des gouvernements qui saluent la première décennie de l'accord et encensent ses accomplissements, quelques observateurs se demandent si l'accord a réellement influencé positivement le développement du marché nord-américain et si ces objectifs auraient pu être atteints sans la mise en place de l'accord de libre-échange³. Certes, les échanges ont progressé entre les partenaires de l'ALENA, mais cette augmentation s'inscrit dans une tendance antérieure à 1994. De plus, bien que la valeur des exportations du Canada à destination des États-Unis ait plus que doublé au cours des quinze dernières années⁴, la part relative des exportations canadiennes à destination des États-Unis, en baisse depuis 2002, s'établissait en 2007 sous le niveau de 1993⁵. Le même phénomène se produit pour les exportations américaines à destination du Canada⁶.

Entre le Mexique et les États-Unis, les échanges ont également progressé, mais la part du Mexique dans les exportations américaines a régressé depuis 2001, pour s'établir actuellement au niveau de 1998. L'évolution du pourcentage des exportations mexicaines à destination des États-Unis suit une courbe similaire, bien que les États-Unis demeurent de loin le premier marché d'exportations du Mexique et que la valeur des exportations du Mexique à destination des États-Unis ait quintuplé⁷.

³ Voir à ce sujet FOSTER, John W. et John DILLON. « Le Canada et l'ALENA 10 ans plus tard. » dans Dorval BRUNELLE et Christian DEBLOCK (dir.). *L'ALENA : le libre-échange en défaut*. Montréal : Fides, 2004, pp. 211-39; MCKINNEY, Joseph A. « NAFTA Turns Ten. » *Baylor Business Review*, vol. 21(2), 2004; CLARKSON, Stephen. *Uncle Sam and Us : globalization, neoconservatism, and the Canadian state*. Toronto; Washington : University of Toronto Press and Woodrow Wilson Center Press, 2002; ABBOTT, Frederick M. « NAFTA and the legalization of world politics: A case study. » *International Organization*, vol. 54(3), 2000, pp. 519-47.

⁴ Les exportations canadiennes à destination des États-Unis sont passées de 150,657 milliards de dollars canadiens en 1993 à 355,896 milliards de dollars canadiens en 2007. Source : Statistique Canada. *Division du commerce international*, [en ligne], http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrkti/tdst/tdo/tdo.php, page consultée le 4 mai 2008.

⁵ Les exportations canadiennes à destination des États-Unis représentaient, en 2007, 79 % des exportations totales du pays, comparativement à 80,3 % en 1993. Elles ont culminé en 2002, lorsqu'elles se sont établies à 87,1%. Source : Statistique Canada. *Division du commerce international*, [en ligne], http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrkti/tdst/tdo/tdo.php, page consultée le 4 mai 2008.

⁶ Les exportations américaines à destination du Canada sont passées de 129,552 milliards de dollars canadiens en 1993 (21,6 % des exportations totales) à 267,020 milliards de dollars canadiens en 2007 (21,37 % des exportations totales). Source : Statistique Canada, *Division du commerce international*, [en ligne], http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrkti/tdst/tdo/tdo.php, page consultée le 20 mai 2008.

⁷ Secretaría de Economía de México. *Exportaciones totales de México 1993-2007*, [en ligne], http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/estadisticas/cuad_resumen/expmx_e.htm, page consultée le 25 mai 2008.

Par ailleurs, la relation commerciale entre le Canada et le Mexique est demeurée relativement modeste malgré la mise en œuvre de l'accord. On constate une hausse de la part des exportations canadiennes totales à destination du Mexique de 0,44 % en 1993 à 1,1 % en 2007⁸, alors que la part des exportations mexicaines à destination du Canada varie entre 2 % et 3 % au cours de la même période⁹. Depuis 1993, les deux pays ont conservé leur rang respectif en termes de marché d'exportation de biens, le Mexique demeurant au cinquième rang des marchés d'exportations du Canada et le Canada, au deuxième rang du Mexique.

Ainsi, considérant que les économies des États nord-américains étaient déjà fortement intégrées, l'ALENA aurait principalement eu pour effet de mettre en place des mécanismes de régulation des échanges et non de favoriser une libéralisation déjà bien avancée¹⁰. Au moment de son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1994, ce traité constituait un tout nouveau type d'accord, qui se distinguait des autres accords de libre-échange en vigueur à l'époque par le large éventail de sujets couverts (secteur énergétique, propriété intellectuelle, marchés publics, lois sur la concurrence, etc.). Il importe de spécifier que l'ALENA s'est grandement inspiré de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALÉ), entré en vigueur en 1988, tant dans sa forme que dans son contenu. Depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA, l'ALÉ est en principe suspendu tant que le Canada et les États-Unis sont parties à l'ALENA¹¹. Quelques dispositions de l'ALÉ demeurent applicables et ont été incorporées à l'ALENA sous forme de renvois¹².

⁸ Statistique Canada. *Division du commerce international*, [en ligne], http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrkti/tdst/tdo/tdo.php, page consultée le 20 mai 2008.

⁹ Secretaría de Economía de México. *Estadísticas de comercio e IED*, [en ligne], <http://www.economia.gob.mx/?P=2261>, page consultée le 25 mai 2008.

¹⁰ BRUNELLE, Dorval et Christian DEBLOK (dir.). *L'Amérique du Nord et l'Europe communautaire : intégration économique, intégration sociale?* Sainte-Foy : Presses de l'Université du Québec, 1994, p. 11.

¹¹ APPLETON, Barry. *Navigating NAFTA : a concise user's guide to the North American Free Trade Agreement*. Scarborough: Carswell, 1994, p. 21.

¹² Ces renvois se trouvent notamment à l'annexe 608.2 du chapitre sur les produits énergétiques, à l'annexe 702.1 du chapitre sur l'agriculture et l'annexe 2106 sur les industries culturelles.

L'ALENA a servi de modèle à de nombreux autres accords qui ont été élaborés par la suite, notamment la grande majorité des accords qui ont été conclus entre un des partenaires de l'ALENA et un autre État du continent américain¹³. Cette tendance devrait d'ailleurs s'amplifier du fait que les négociations du grand projet d'intégration interaméricaine, la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), sont au point mort depuis 2004 et qu'on assiste à une multiplication des accords et des regroupements sous-régionaux sur le continent américain.

En règle générale, l'ALENA a prouvé son bon fonctionnement, notamment dans la mise en œuvre du mécanisme de règlement des différends liés à l'application des droits antidumping et compensateurs. D'autres aspects demeurent toutefois litigieux, comme on a pu le constater avec l'interminable conflit du bois d'œuvre entre le Canada et les États-Unis et avec les restrictions sur le camionnage entre les États-Unis et le Mexique. Ces deux litiges ont connu, dans les dernières années, des tentatives de solution qui s'avèrent hautement politiques au lieu d'être fondées sur le texte de l'accord.

¹³ Depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA en 1994, le Canada a conclu des accords similaires avec le Chili (1997) et le Costa Rica (2002). Les États-Unis ont conclu des accords avec cinq pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (2001), avec le Chili (2004), avec le Pérou (2007) et des accords avec la Colombie et avec le Panama sont présentement en attente d'approbation par le Congrès. Enfin, le Mexique a conclu des accords avec le Costa Rica (1995), la Colombie et le Venezuela (1995) (le Venezuela s'est retiré de cet accord en 2006), la Bolivie (1995), le Nicaragua (1998), le Chili (1999), le El Salvador, le Guatemala et le Honduras (2001) et l'Uruguay (2004). Au cours de la dernière année, le Canada a annoncé l'ouverture de négociations d'un accord de libre-échange avec les pays membres du CARICOM, avec la Colombie et le Pérou et avec la République dominicaine ; les négociations avec le Pérou se sont conclues en janvier 2008.

Ces litiges sont principalement dus à une conjoncture de deux réalités. Robert Pastor, directeur du Centre d'études nord-américaines à Washington, D.C., grand défenseur d'une intégration nord-américaine approfondie basée sur des institutions fonctionnelles et indépendantes, a été cité ainsi par Aaron Cosbey de l'Institut international du développement durable :

Pastor a fait de bonnes observations. Les contentieux qu'on a vu apparaître, qu'il s'agisse du bois d'œuvre résineux et de tous les autres, n'ont pas été bien gérés parce qu'ils n'ont pas été prévus, et comme ils n'ont pas été prévus, on n'a pas pu les empêcher. Nous ne pouvons pas non plus en tirer des leçons quelconques sur le plan institutionnel étant donné que nous n'avons aucune institution vouée à la gestion de l'intégration commerciale et de l'Amérique du Nord¹⁴.

On constate que l'architecture institutionnelle retenue par les décideurs au moment de la négociation de l'ALENA limite ses perspectives d'évolution. Ce cadre institutionnel, qui reproduit à peu de choses près ce qui avait été convenu sous l'ALÉ en incorporant le Mexique aux dispositions, a été réduit au plus simple, certains allant même jusqu'à dire qu'il est inexistant. Les institutions mises en place ne disposent pas de l'autonomie ni des compétences nécessaires pour assurer l'adaptation de l'accord aux changements régionaux et mondiaux et favoriser ainsi une intégration approfondie entre ses partenaires. L'ALENA a créé une zone de libre-échange efficace pour ses membres, mais l'absence d'un véritable leadership, d'une véritable volonté de coopération au sein d'institutions effectives, risque de ralentir le processus d'intégration enclenché et de limiter l'ALENA à un accord strictement économique d'élimination des barrières tarifaires et non tarifaires¹⁵.

Depuis 2001, le Mexique¹⁶ d'abord, puis le Canada¹⁷, ont tous deux manifesté leur désir de renforcer l'ALENA. Il faut dire que les limites de ce cadre institutionnel sont clairement apparues au lendemain des attentats terroristes du 11 septembre 2001. Bien que la position

¹⁴ Cité dans PATRY, Bernard. *Partenaires en Amérique du Nord : cultiver les relations du Canada avec les États-Unis et le Mexique*. Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international. Ottawa : Parlement du Canada, 2002, p. 180.

¹⁵ PASTOR, Robert A. «North America's Second Decade.» *Foreign Affairs*, vol. 83(1), 2004, pp. 124-35.

¹⁶ The White House. Office of the Press Secretary. *Towards a Partnership for Prosperity. Joint Statement by President George Bush and President Vicente Fox. The Guanajuato Proposal*, 16 février 2001.

¹⁷ Cabinet du Premier ministre du Canada. « Déclaration commune sur un engagement pour notre avenir commun entre le Canada et le Mexique », *Communiqué*, 25 octobre 2004.

géographique des États-Unis au sein du continent nord-américain commande une collaboration étroite avec les États voisins en matière de sécurité, ces derniers ont préféré mener des consultations bilatérales, plutôt que d'envisager ce nouveau contexte dans une perspective continentale. La relation commerciale, bien établie depuis de nombreuses années, est devenue secondaire par rapport aux questions de renforcement de la sécurité aux frontières.

Le partenaire majeur a donc poursuivi une politique essentiellement unilatérale et accordé une importance moindre aux questions commerciales dans les années qui ont suivi les attentats. Ce n'est qu'en mars 2005, à l'occasion d'une rencontre tenue au Texas entre les trois dirigeants nord-américains, que la relation trilatérale a été quelque peu ravivée. La rencontre, dont l'ordre du jour a été défini selon les priorités des États-Unis, a permis la conclusion du Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité (PSP)¹⁸. Ce nouveau plan de travail, qui traite essentiellement de la sécurité, de l'harmonisation de la réglementation commerciale et des marchés énergétiques, s'est développé à l'extérieur de l'accord existant : il n'a pas été question de réouverture de l'accord ni de création de nouvelles institutions nord-américaines.

Un an plus tard, en mars 2006, c'est à Cancun, au Mexique, que se sont rencontrés les trois chefs d'État et de gouvernement nord-américains. À cette occasion, messieurs Bush, Fox et Harper ont annoncé la création du Conseil nord-américain de la compétitivité, qui consiste en un groupe de représentants du secteur privé chargé de conseiller les gouvernements sur l'amélioration de la position concurrentielle de l'Amérique du Nord. Les rencontres tenues en 2007 à Montebello (Québec, Canada) et en 2008 à la Nouvelle-Orléans (Louisiane, États-Unis), institutionnalisées sous le titre de Sommet des leaders nord-américains, ont également mené à l'adoption d'une série de mesures concertées comme le Plan nord-américain de préparation contre la grippe pandémique, la Stratégie d'action sur la propriété intellectuelle et le Cadre de coopération en matière de réglementation.

¹⁸ Cabinet du Premier ministre du Canada. « Création du Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité », *Communiqué*, 23 mars 2005.

Depuis 2005, la rencontre annuelle des plus hautes autorités politiques des trois États nord-américains au sein du PSP confirme l'importance donnée à cette entente, au détriment des rencontres des trois ministres du Commerce international à la Commission du libre-échange de l'ALENA. Elle affermit également la conviction que les trois partenaires de l'ALENA ne cherchent pas à renforcer leur intégration économique au sein de l'accord existant. Par ailleurs, la relation trilatérale qui tardait à s'établir concrètement dans le cadre de l'ALENA semble se consolider peu à peu au sein du PSP. Le rapport des réalisations concrétisées en vertu du nouvel accord, au cours de sa première année d'existence, faisait état d'un grand nombre d'accords bilatéraux signés entre le Canada et les États-Unis d'une part, et les États-Unis et le Mexique d'autre part¹⁹. Depuis, on remarque une augmentation significative des réalisations trilatérales, bien que les ententes bilatérales occupent toujours une place importante.

Plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur d'une intégration accrue entre les pays partenaires de l'ALENA²⁰, que ce soit par le renforcement des institutions existantes ou par la création de nouvelles institutions, comme un tribunal nord-américain permanent du commerce et de l'investissement et un groupe parlementaire nord-américain. Le problème se situe cependant au sein même de la structure de l'ALENA. L'accord se trouve actuellement paralysé : l'absence d'institutions dotées de compétences propres empêche l'évolution de l'accord vers une intégration approfondie. Les récentes décisions trilatérales prises en-dehors du cadre juridique de l'accord confirment cette incapacité. Elles signalent également l'absence de volonté politique pour une ouverture et un renforcement de l'ALENA.

On remarque également que le PSP n'a pas mené à la mise en place d'institutions trilatérales. Il est géré dans le cadre du Sommet des leaders nord-américains, par les chefs d'État et de gouvernement et par leurs ministres respectifs. On y reproduit le modèle

¹⁹ Cabinet du Premier ministre du Canada. « Le Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité : Prochaines étapes », *Communiqué*, 31 mars 2006.

²⁰ Voir notamment PASTOR, Robert A., *op. cit.*; HAKIM, Peter et Robert E. LITAN. *The future of North American Integration : beyond NAFTA*. Washington: Brookings Institute, 2002; PASTOR, Robert A. *Toward a North American Community. Lessons from the Old World for the New*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 2001; WEINTRAUB, Sidney. *NAFTA : What comes next?* Westport, Conn. : Praeger, 1994.

développé dans le cadre de l'ALENA, où les décisions se prennent par consensus sans qu'une autorité ne soit déléguée à une tierce partie. Il s'agit toutefois d'un cadre beaucoup plus souple que l'accord existant : les ententes bilatérales et trilatérales sont négociées à la pièce et s'inscrivent dans les grandes orientations du PSP.

Peu de temps après la mise en œuvre de l'ALENA, certains auteurs s'interrogeaient déjà sur sa capacité d'évolution :

Trade agreements are not static institutions. They are living, dynamic arrangements. Like bicycles, they thrive on momentum. NAFTA has no choice but to move forward at this time, deepening its rules as well as broadening its membership, or else risk slipping backward. [...] A loss of momentum could risk a fundamental change in the orientation of NAFTA itself from an open, dynamic arrangement to a more closed, inward-looking block²¹.

Les choix ultérieurs des Parties à l'ALENA prouvent que celles-ci n'ont pas saisi l'occasion de faire évoluer l'accord. En effet, malgré l'inclusion d'une clause d'accession devant permettre à d'autres États de se joindre à l'ALENA, aucun accord n'a été conclu en ce sens. La volonté semblait pourtant ferme moins d'un an après l'entrée en vigueur de l'accord, alors que le Chili avait démontré son intérêt. Au lieu de cette accession qui aurait certainement donné un élan à l'ALENA pour servir de base au futur accord économique continental, les trois Parties à l'ALENA ont préféré négocier chacune séparément un accord bilatéral de libre-échange avec le Chili.

Le 1^{er} janvier 2008, les barrières tarifaires sur les produits de la dernière catégorie d'échelonnement ont été éliminées, complétant ainsi la mise en œuvre de l'accord. Les règles de l'accord négocié au début des années 90 s'appliquent toujours aux secteurs couverts, mais l'ALENA risque de perdre peu à peu son efficacité. Incapable de s'adapter aux imprévus et à de nouvelles réalités qui n'existaient pas au moment de sa négociation, l'ALENA finira-t-il par tomber en désuétude?

²¹ WISMER, Donald T. «Perspectives from Canada.» dans Karen ROBERTS et Mark I. WILSON (dir.), *Policy choices : free trade among NAFTA nations*. East Lansing : Michigan State University Press, 1996, p. 10.

Alors qu'on s'interroge aujourd'hui sur l'avenir de l'ALENA, un premier questionnement s'impose : comment s'est arrêté le choix des Parties en cause pour cette structure institutionnelle précise? Si l'environnement mondial a grandement évolué au cours des quinze dernières années, qu'en est-il du contexte particulier et des critères qui ont influencé le choix de ce design institutionnel? La négociation de la structure institutionnelle de l'ALENA mènerait-elle aujourd'hui à un résultat différent?

Cette étude propose une analyse comparative pour tenter de comprendre la relation entre les préférences des États et la nature du design institutionnel obtenu, dans un contexte d'asymétrie comme celui prévalant entre les Parties à l'ALENA. La première section expose certaines théories des institutions internationales et établit un cadre d'analyse permettant de définir la nature du design institutionnel d'un accord donné en termes de légalisation, sur la base des caractéristiques d'obligation, de précision et de délégation. Le deuxième chapitre applique à l'ALENA le cadre d'analyse défini, en présentant une étude détaillée de son design institutionnel en fonction des trois caractéristiques retenues, pour déterminer son niveau de légalisation.

Enfin, le dernier chapitre propose une analyse des préférences des États parties à l'ALÉ et à l'ALENA en matière de design institutionnel, réalisée à partir de ce même cadre d'analyse, afin d'établir une comparaison entre les préférences de chacune des Parties au moment des négociations et la nature du design institutionnel obtenu. Mentionnons qu'une étude distincte est proposée dans cette section pour évaluer les préférences des Parties pendant les négociations de l'ALÉ, puisque c'est à ce moment qu'a largement été élaborée la structure institutionnelle de l'ALENA. Les résultats sont ensuite brièvement analysés sous l'angle des facteurs qui ont pu influencer le choix de cette structure institutionnelle.

CHAPITRE PREMIER – DÉFINITION DU PROBLÈME DE RECHERCHE ET DE LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE

1.1. Élaboration de la problématique

La prolifération des institutions et des organisations internationales caractérise la seconde moitié du XX^e siècle. Elle illustre la nécessité de mettre en place des cadres de coopération en réponse à l'interdépendance croissante entre les acteurs du système international, dans la grande majorité des aspects de la vie. Les formes que peuvent adopter les diverses structures institutionnelles sont aussi variées que les accords qu'elles soutiennent. Avant d'entreprendre l'étude spécifique des institutions de l'ALENA, il importe de définir dans un premier temps ce que nous entendons par institution internationale et de préciser comment les principaux courants théoriques se sont approprié ce concept.

1.1.1. Définition de l'objet d'étude : les institutions internationales

En nous inspirant des définitions proposées par Koremenos, Lipson et Snidal¹ et par Keohane², nous pouvons définir les institutions internationales comme des accords explicites sous forme de règles et de normes, négociés entre des acteurs internationaux, qui prescrivent, proscrivent ou autorisent certains comportements, encadrent des activités et génèrent des pratiques cohérentes et prévisibles, qui se maintiennent dans le temps. Cette définition inclut aussi bien des organisations en bonne et due forme, comme l'Organisation des Nations unies ou la Banque mondiale, que des concepts explicites qui ne présentent pas de bureaucratie formelle, comme le système commercial international, la souveraineté ou l'immunité diplomatique. Duffield complète cette définition en précisant que certains types d'institutions internationales disposent également de la capacité de générer des acteurs du système international et de définir leurs compétences³.

¹ KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL. «The rational design of international institutions.» *International Organizations*, vol. 55(4), 2001, p. 762.

² KEOHANE, Robert O. *International Institutions and State Power. Essays in International Relations Theory*. Boulder, San Francisco & London: Westview Press, 1989, pp. 162-4.

³ DUFFIELD, John S. «The Limits of "Rational Design".» *International Organizations*, vol. 57(2), 2003, p. 413.

L'organisation internationale est une forme d'institution internationale. Ces deux concepts sont semblables dans la mesure où ils doivent se composer d'au moins deux États et poursuivre un objectif d'intérêt commun. Cependant, pour être désignée comme organisation, celle-ci doit être établie de manière formelle et permanente, par voie de traité ou d'un document constitutif, et être dotée d'une structure administrative qui se traduit notamment par l'octroi de budgets, l'embauche d'un personnel, l'établissement d'un siège permanent, etc. L'organisation repose sur deux caractéristiques majeures : la centralisation des actions collectives et l'indépendance d'action dans les sphères d'activité préalablement définies⁴.

L'institutionnalisme, approche théorique développée dans les années 70 par Robert Keohane et Joseph Nye, traite de l'importance des institutions au sein du système international. On lui attribue généralement l'épithète « néolibéral » puisqu'il appartient à ce courant des relations internationales. L'institutionnalisme néolibéral emprunte certains dogmes au réalisme classique : le système international est anarchique, l'État en est l'acteur central qui agit de manière rationnelle et égoïste en cherchant à maximiser ses intérêts. Il s'éloigne toutefois de l'idée voulant que la poursuite de l'intérêt national se traduise uniquement en terme d'accroissement de la puissance et se réalise au détriment des autres États. Il considère plutôt l'intérêt national en terme de gains absolus que l'État cherche à maximiser, sans égard aux gains réalisés par les autres États, et conçoit que les États puissent défendre des intérêts égoïstes et rationnels tout en coopérant⁵.

L'institutionnalisme place les institutions internationales à l'avant-plan, contrairement au réalisme qui leur accorde un rôle mineur, les dépeignant comme des créations des États, soumises à leur contrôle, qui permettent à une puissance hégémonique d'imposer son leadership. Pour les défenseurs de l'institutionnalisme, l'utilité des institutions internationales, aussi appelées régimes internationaux⁶, réside dans leur tendance à faciliter

⁴ ABBOTT, Kenneth W. et Duncan SNIDAL. «Why States Act through Formal International Organizations.» *Journal of Conflict Resolution*, vol. 42(1), 1998, pp. 4-5.

⁵ ÉTHIER, Diane, avec la collaboration de Marie-Joëlle ZAHAR. *Introduction aux relations internationales*. Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 2003, p. 52.

⁶ La notion de régimes internationaux a été principalement définie par Stephen Krasner au début des années 80.

la coopération entre les États en réduisant l'incertitude qui règne dans le système international⁷. Les institutions internationales modifient les comportements des États en agissant à quatre niveaux. Elles réduisent dans un premier temps les possibilités de désertion d'un État par l'augmentation du nombre de transactions entre les membres, accroissant du même coup la lourdeur des pertes pour l'État délinquant. Elles contribuent ensuite au développement des relations interétatiques qui sont un préambule à la coopération. Elles permettent également de surveiller le comportement des États membres, rendant ainsi l'environnement stable et prévisible. Enfin, elles permettent aux États de se concentrer sur des éléments autres que le respect des obligations contractuelles, diminuant ainsi les coûts liés à la conclusion de ce type d'ententes⁸.

Ce courant n'est toutefois pas exempt de critiques. On lui reproche certains postulats, comme celui de présupposer d'un intérêt commun à tous les États et d'une vision unique des problèmes et des solutions à mettre en œuvre au sein des ententes de coopération. Il s'applique également difficilement aux questions de sécurité et de défense nationale. Enfin, comme il est impossible que les gains relatifs des États augmentent simultanément, ils peuvent s'avérer un obstacle à la coopération entre États, facteur que l'institutionnalisme néglige⁹.

Le constructivisme est un autre courant qui s'est attardé au concept d'institution internationale au début des années 1990, sous la plume de ses principaux auteurs, Nicholas Onuf et Alexander Wendt. La définition constructiviste de l'institution internationale d'Alexander Wendt se rapproche de la définition proposée précédemment : un ensemble ou une structure relativement stable d'identités et d'intérêts habituellement codifiés sous forme de règles et de normes formelles¹⁰. Le constructivisme introduit la notion d'identité : les intérêts des États sont issus de leurs identités, c'est-à-dire « de la représentation que les

⁷ KEOHANE, Robert O. *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1984, p. 97.

⁸ CROWLEY, Julie. « Institutionnalisme néolibéral », dans Alex MACLEOD, Evelyne DUFAULT et F. Guillaume DUFOUR (dir.). *Relations internationales – Théories et concepts*. Outremont : Athéna, 2002, p. 81.

⁹ BATTISTELLA, Dario. *Théorie des relations internationales*. Paris : Presses de Science Po, 2003, pp. 387-91.

¹⁰ CROWLEY, Julie. « Institutions internationales », dans Alex MACLEOD, Evelyne DUFAULT et F. Guillaume DUFOUR (dir.), *op. cit.*, p. 84.

États se font d'eux-mêmes et d'autrui, du système international, et de leur propre place ainsi que de celle des autres au sein de ce système¹¹ ». Ces identités sont elles-mêmes déterminées par les interactions sociales des États, interactions structurées par les règles, les normes et les institutions. Les intérêts sont donc présentés ici comme un résultat au lieu d'être une cause.

1.1.2. Question générale de recherche

Les institutions internationales constituent le moyen élaboré par les États pour atteindre les objectifs poursuivis par la conclusion d'un accord. Négociées simultanément au contenu de l'accord, elles constituent l'assurance que les ententes conclues seront respectées et effectivement mises en œuvre par l'ensemble des partenaires. Dans certains cas, elles seront mises à contribution pour renforcer l'accord ou encore, pour en évaluer le fonctionnement et procéder à un réajustement de celui-ci. Le choix du cadre institutionnel ne doit pas être laissé au hasard : les institutions établies garantiront la viabilité de l'accord et son maintien dans le temps.

Compte tenu des différents buts convoités par chacun des partenaires, la négociation de la structure institutionnelle peut s'avérer complexe. Plus les objectifs de chacun diffèrent, plus le compromis sera nécessaire et plus le cadre institutionnel risque, par conséquent, de s'éloigner de la structure optimale désirée par chaque partenaire. Aussi, au sein même d'un État, des objectifs différents, voire contradictoires, peuvent s'affronter. Le choix du cadre institutionnel devrait donc aussi refléter cette confrontation.

Enfin, selon l'objectif poursuivi par la négociation de l'accord, il est bon de se demander s'il est nécessaire de créer de nouvelles institutions internationales ou si les structures nationales des États disposent de la capacité d'assumer les tâches qui incomberaient à une institution internationale dans un contexte donné¹².

¹¹ BATTISTELLA, Dario, *op. cit.*, p. 283.

¹² KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, pp. 768-9.

La question générale de recherche s'articulera donc ainsi :

Comment sont choisies les caractéristiques des institutions internationales, sachant que celles-ci constituent non pas l'objectif poursuivi par la négociation d'un accord, mais l'instrument pour parvenir à la concrétisation de cet objectif?

1.1.3. Théorie des institutions internationales : différentes approches

À partir des différents courants des relations internationales, plusieurs auteurs se sont penchés sur la question des institutions internationales et ont élaboré diverses théories pour tenter de comprendre leur formation et leur utilité. Ils ont proposé des modèles qui permettent d'expliquer, pour une situation donnée, l'incidence de divers facteurs sur une architecture institutionnelle et sur les préférences des États qui cherchent à structurer une relation de coopération. Nous présenterons dans un premier temps les principales approches théoriques appliquées aux institutions internationales.

1.1.3.1. L'approche du choix rationnel

L'approche du choix rationnel, telle qu'appliquée aux institutions internationales par les auteurs Barbara Koremenos, Charles Lipson et Duncan Snidal¹³, présente un cadre théorique intéressant. Les auteurs fondent leur analyse sur la prémisse suivante : les États se servent des institutions internationales pour atteindre les objectifs qui leur sont propres et en créent l'architecture en conséquence. Le soin particulier qui est mis dans le choix du design institutionnel est directement lié aux résultats attendus au terme de la négociation. Pour ces auteurs, les institutions internationales n'ont pas un rôle de diffusion des normes, tel que soutenu par le courant constructiviste. Elles demeurent les créations des États et sont définies en fonction des buts à atteindre. Par la détermination d'un design institutionnel, les États cherchent généralement à conserver leurs acquis et à faire des gains supplémentaires, plutôt qu'à tendre vers l'établissement d'une communauté supranationale.

¹³ *Ibid.*, pp. 761-99.

Selon ces auteurs, le « design rationnel » permet d'expliquer plusieurs arrangements institutionnels. Le choix d'une architecture institutionnelle résulte d'un processus rationnel et calculé : celle-ci est déterminée en fonction de sa capacité à atteindre son objectif, c'est-à-dire servir les intérêts des États membres. L'argument voulant que le design institutionnel soit un choix délibéré et rationnel se refléterait d'ailleurs dans les difficultés liées à son élaboration. Le résultat obtenu tend vers la recherche d'un équilibre qui représente le compromis entre les préférences des partenaires. Les auteurs affirment également que les institutions internationales ne sont pas immuables dans le temps et qu'elles sont appelées à évoluer de manière rationnelle en réponse à des conditions environnantes changeantes¹⁴.

Koremenos et al. ont retenu cinq éléments propres aux institutions internationales, qui varient selon les institutions et en définissent le design : les règles d'adhésion, le champ d'application, le degré de centralisation des tâches, les règles définissant le contrôle des membres sur l'organisation et le degré de flexibilité des règles établies. Ces éléments sont ensuite mis en relation avec quatre variables indépendantes qui peuvent influencer les décideurs dans la détermination d'une architecture institutionnelle pour l'accord en négociation. Ces variables indépendantes sont le problème de la distribution des gains et bénéfices, le problème du renforcement (le niveau de contrôle nécessaire pour empêcher la défection), le nombre d'acteurs¹⁵ (et leur asymétrie) et l'incertitude liée au comportement des autres, à leurs préférences et à l'état du monde. Puisque les institutions cherchent à renforcer la coopération entre les États, ces variables sont toutes des facteurs qui affectent à divers degrés cette coopération. Les auteurs cherchent ainsi à comprendre quels changements aux variables indépendantes amèneront le choix d'un design s'inscrivant dans l'approche rationnelle.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 766-768.

¹⁵ Il est important de distinguer la variable indépendante « nombre d'acteurs » et la variable dépendante « règles d'adhésion » ou « membership ». Le « nombre d'acteurs » réfère aux acteurs potentiellement intéressés ainsi qu'à leur pouvoir relatif sur l'enjeu, avant même l'établissement de l'institution. Les « règles d'adhésion » constituent un choix qui se fait pendant l'établissement du design, à savoir sur la base de quels critères seront déterminés les membres d'une institution.

Le modèle du choix rationnel constitue un mode d'analyse de l'approche économique du droit. Cette approche définit la rationalité comme « la faculté de choisir [des individus], consciemment ou inconsciemment, un moyen adéquat pour maximiser leurs intérêts, compte tenu de leurs préférences et de leurs ressources limitées¹⁶ ». Elle est constituée de quatre piliers : la rareté, le choix rationnel, l'incertitude et l'individualisme méthodologique^{17 18}.

Sous sa forme normative, l'approche économique du droit pose la question de l'efficacité. Les économistes Kaldor et Hicks ont développé le critère d'efficacité dont l'application passe par la question suivante : la transaction, la politique ou la mesure législative envisagée génère-t-elle suffisamment de bénéfices pour que les gagnants puissent dédommager les perdants et obtenir quand même un bénéfice positif¹⁹?

Deux des quatre piliers de l'approche économique du droit retiendront notre attention. En ce qui a trait à la rationalité, Ejan Mackaay définit ainsi le processus décisionnel de l'individu rationnel : « Placé devant un cas à résoudre, le décideur du modèle du choix rationnel fait l'inventaire des résultats désirés (*valeurs*), identifie les actions qu'il peut entreprendre dans la poursuite de ceux-ci (*options*), détermine dans quelle mesure chaque action contribue aux résultats désirés et à quel coût (*valorisation*) et retient celle qui y contribue le plus (*choix*). » Ainsi, dans le contexte de notre étude, les décideurs, selon les objectifs recherchés par la conclusion d'un accord (*valeurs*), cernent les différents cadres institutionnels possibles (*options*) et, en fonction des effets liés à chacun d'entre eux (*valorisation*), arrêtent leur choix sur celui qui maximise leurs intérêts (*choix*).

¹⁶ CRÊTE, Raymonde et Stéphane ROUSSEAU. *Droit des sociétés par actions – Principes fondamentaux*. Montréal : Éditions Thémis, 2002, p. 65.

¹⁷ Ce dernier principe fait référence au fait que tout phénomène collectif doit être expliqué à partir des comportements individuels.

¹⁸ MACKAAY, Ejan. *L'analyse économique du droit*, vol. I «Fondements», Montréal, Éditions Thémis, 2000, pp. 29-52.

¹⁹ CRÊTE, Raymonde et Stéphane ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 74.

Le second pilier est l'incertitude, qui est également utilisée par Koremenos et al. Mackaay ajoute à ce propos que « la prise en compte de l'incertitude, par l'innovation et par l'absorption de risque, caractérise toute activité humaine »²⁰. Ici également, cette définition peut tout à fait être transposée dans le contexte d'un État appelé à choisir un design institutionnel. On tient compte du fait que le décideur ne dispose pas nécessairement de toute l'information au moment de la prise de décision, mais que son choix est rationnel en fonction de l'information disponible à ce moment²¹. Les choix des acteurs seront donc guidés par une volonté de réduire cette incertitude, par la mise en place d'institutions internationales qui auront pour effet de fournir de l'information et de rendre le système plus prévisible.

L'approche du choix rationnel est partagée à la fois par les néoréalistes et les institutionnalistes, à la différence que les premiers considèrent les institutions internationales comme un miroir de la distribution du pouvoir entre les membres, alors que les seconds estiment que les institutions internationales contraignent le comportement des États, indépendamment des rapports de puissance qui existent entre eux²². À ce sujet, les néoréalistes critiquent le fait que le modèle du choix rationnel intègre trop peu le critère du pouvoir, élément central à leur courant. Les auteurs eux-mêmes reconnaissent que leur modèle pourrait mieux incorporer cette dimension²³. D'autre part, certains auteurs critiquent le fait que l'approche rationnelle soit centrée sur l'État et qu'elle considère celui-ci comme son élément central. On reproche également à cette approche de poser les États comme étant égaux et disposant d'un degré d'autonomie semblable²⁴.

En 2003, John S. Duffield a publié une critique du modèle du choix rationnel²⁵. Tout en reconnaissant la grande valeur de la contribution des auteurs à la littérature théorique sur les institutions internationales, il a décelé trois limites majeures au modèle. La première

²⁰ MACKAAY, Ejan, *op. cit.*, p. 47.

²¹ *Ibid.*, p. 37.

²² BØÅS, Morten et Desmond MCNEILL. *Multilateral Institutions : A Critical Introduction*. Pluto Press : London, 2003, p. 5.

²³ KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL. «Rational Design: Looking Back to Move Forward.» *International Organizations*, vol. 55(4), 2001, p. 1068.

²⁴ BØÅS, Morten et Desmond MCNEILL, *op. cit.*, p. 5.

²⁵ DUFFIELD, John S., *op. cit.*, pp. 411-30.

concerne le spectre du projet. L'auteur critique le fait que les institutions internationales pouvant être analysées avec cette approche sont plus limitées que ne le laisse entendre la définition proposée. La seconde limite perçue par Duffield se rapporte aux défauts du cadre d'analyse, divisés en trois aspects : 1) certaines variables dépendantes ne sont pas suffisamment précises, notamment la flexibilité et la centralisation; 2) des variables indépendantes fort importantes pour un modèle rationnel ont été exclues sans explication, à savoir les intérêts, le pouvoir, les institutions existantes et les idées; et 3) l'absence d'une logique systématique dans le choix des conjonctures entre les variables dépendantes et indépendantes. Enfin, Duffield critique l'analyse empirique qui sert d'évaluation au modèle théorique en mentionnant que les études de cas retenues ne sont pas représentatives d'un large spectre et ne permettent pas de tirer de larges conclusions.

1.1.3.2. Le concept de la légalisation

Un autre modèle théorique, élaboré par les auteurs Abbott, Keohane, Moravcsik, Slaughter et Snidal²⁶, est celui du concept de la légalisation. Cette forme particulière de l'institutionnalisme est fondée sur trois composantes : l'obligation, la précision et la délégation. L'obligation réfère aux engagements qui lient les acteurs en cause, dont la forme peut varier entre la suggestion, la recommandation et la prescription formelle. La précision renvoie au caractère plus ou moins détaillé du texte, comportant plus ou moins d'ambiguïtés quant au comportement attendu de la part des membres. La délégation enfin, réfère à l'autorité consentie à une tierce partie (une institution) lui permettant de mettre en œuvre, d'interpréter ou d'appliquer les règles négociées, de même que d'agir en tant qu'arbitre dans les différends et d'élaborer de nouvelles règles liant les Parties. Ces trois caractéristiques sont quantifiables selon une gradation et elles varient indépendamment l'une de l'autre.

²⁶ ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL. «The concept of legalization.» *International Organization*, vol. 54 (3), 2000, pp. 401-19.

La combinaison des trois éléments gradués permet d'établir le niveau de légalisation d'une structure donnée (institution, accord, arrangement, contrat, etc.), qui varie de l'absence complète de légalisation, où les trois composantes sont à leur plus bas niveau, à un type de légalisation achevée, où les trois caractéristiques sont développées à leur paroxysme.

Le concept de la légalisation s'appuie sur les notions de *hard law* et de *soft law*. Dans le contexte spécifique du droit international, la *hard law* réfère aux obligations formelles et contraignantes qui se trouvent dans les traités ou dans le droit coutumier international. Cette notion repose sur l'autorité et le pouvoir d'un État pour élaborer, mettre en œuvre et consolider des accords à l'échelle internationale, nationale et sous-nationale²⁷. Celui-ci dispose également du pouvoir légitime d'user de moyens de coercition. À l'inverse, la *soft law* renvoie aux normes et aux principes promulgués pour guider les comportements et les actions. Ces normes ne sont pas contraignantes en soi, mais elles dépassent le simple énoncé politique²⁸. L'adhésion à ces normes, généralement issues d'un consensus, se fait sur une base volontaire, sans qu'une tierce partie n'exerce une quelconque autorité pour veiller à leur respect²⁹. La *soft law* est notamment associée aux énoncés de principes et déclarations issus des conférences internationales, aux résolutions des Nations unies, aux accords de standards techniques, de même qu'à certaine sphère d'influence comme le G-8. Certains termes comme *droit positif*, *droit mou*, *normativité* ou *pratique internationale généralement respectée* sont parfois utilisés pour traduire cette notion³⁰.

Les trois caractéristiques retenues pour définir la légalisation ne revêtent pas toutes la même importance : l'obligation est prépondérante, suivie de la délégation et enfin, de la précision. Les auteurs ont ainsi déterminé qu'une légalisation forte (*hard law*) sera caractérisée par un niveau élevé des trois composantes ou à tout le moins, par un niveau élevé d'obligation et de délégation. Ainsi, l'association d'un niveau élevé d'obligation et

²⁷ KIRTON, John J. et Michael J. TREBILCOCK (dir.). *Hard choices, soft law : voluntary standards in global trade, environment, and social governance*. Aldershot, Hants, England; Burlington, VT: Ashgate, 2004, pp. 8-9.

²⁸ MARTIN, Elizabeth A. et Jonathan LAW. «soft law» dans *A Dictionary of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

²⁹ KIRTON, John J. et Michael J. TREBILCOCK (dir.), *op. cit.*, p. 9.

³⁰ SALMON, Jean (dir.). «soft law» dans *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles : Bruylant, 2001.

d'un niveau élevé de délégation entraînera une légalisation supérieure à la combinaison d'un niveau élevé d'obligation et de précision. La légalisation présentera un niveau plus faible (*soft law*) dès que le niveau d'une ou de plusieurs variables sera amoindri. Bien entendu, il ne s'agit pas d'un choix binaire entre une légalisation forte ou faible : les combinaisons existantes entre ces deux extrêmes indiquent des formes intermédiaires de légalisation.

Les auteurs Abbott et Snidal³¹ ont ensuite proposé un cadre de référence pour exposer les avantages et les inconvénients associés aux différents niveaux de légalisation dans les accords internationaux, sous diverses circonstances. Pour ce faire, ils suggèrent différentes hypothèses qui mettent en relation le niveau de légalisation et les variables coûts de transaction, coûts sur la souveraineté, incertitude, préférences divergentes et asymétrie, afin de déterminer les facteurs qui mèneront au choix d'un niveau donné. Sous cet angle, la légalisation se révèle un moyen pour les États d'atteindre leurs objectifs.

Le concept de la légalisation ne cherche pas à définir un système légal, mais plutôt à fournir un mode d'analyse commun à la politique et au droit en ce qui concerne les institutions internationales. Ce concept s'éloigne de la vision réductrice voulant que la loi nécessite une force coercitive indépendante pour être respectée, ce qui ne pourrait alors s'appliquer à aucune institution internationale³². Au contraire, la légalisation permet d'envisager un vaste éventail de combinaisons des degrés des trois caractéristiques, pour créer une institution internationale correspondant le plus précisément aux objectifs poursuivis.

Comme tous les modèles théoriques, le concept de la légalisation présente certaines limites. La légalisation est définie selon les caractéristiques du cadre juridique de l'accord étudié et non selon les effets que celui-ci produit³³. Ainsi, on s'intéresse aux règles et procédures telles que définies plutôt qu'à leur mise en œuvre ou au respect que leur portent les États membres. Les auteurs distinguent également légalisation et contenu. Ce modèle ne tient pas

³¹ ABBOTT, Kenneth W. et Duncan SNIDAL. «Hard and soft law in international governance.» *International Organization*, vol. 54 (3), 2000, pp. 421-56.

³² ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, pp. 402-3.

³³ *Loc. cit.*

compte de l'aspect portant sur le fond des dispositions, pas plus qu'il ne mesure le niveau de sévérité des règles³⁴. Enfin, il s'avère difficile de distinguer si un État respecte les règles d'un accord strictement à cause de leur caractère légal ou si des considérations politiques ont aussi une influence³⁵. On ne peut donc pas séparer clairement l'aspect juridique de l'aspect politique lorsqu'on traite des institutions internationales.

1.1.3.3. *L'approche de l'engagement critique*

Développée par Robert Cox et reprise par Morten Bøås et Desmond McNeill, l'approche de l'engagement critique (*critical engagement*) postule que les institutions multilatérales³⁶ visent l'établissement d'un ordre social afin de résoudre un problème donné et sont le produit de circonstances historiques particulières. Ce faisant, elles tendent à instituer un ordre international qui reflète la distribution du pouvoir au moment de la création de l'institution. Cependant, comme dans toute interaction sociale, les États membres d'une institution se transforment au contact les uns des autres et au sein de l'institution en question; par conséquent, l'institution multilatérale est appelée à se redéfinir³⁷.

Les auteurs Bøås et McNeill proposent une introduction critique aux principales institutions multilatérales du système international, à savoir le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, l'Organisation des Nations unies et l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui tient compte à la fois de la perspective des États membres d'une institution multilatérale et de la perspective de l'institution en soi. Cette approche vise une meilleure compréhension du fonctionnement des institutions internationales, afin d'être en mesure de proposer des pistes pour une réforme des institutions susmentionnées.

Cette approche est basée sur deux piliers. Dans un premier temps, l'aspect « critique » s'entend comme une compréhension et une analyse critique des politiques propres aux institutions multilatérales, qui prennent en considération les interactions entre les États

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ *Ibid.*, p. 419.

³⁶ Les auteurs Bøås et McNeill utilisent l'expression « institution multilatérale » au lieu de « institution internationale ».

³⁷ BØÅS, Morten et Desmond MCNEILL, *op. cit.*, pp. 1-15.

membres, l'institution en soi et les autres acteurs comme les organisations non gouvernementales (ONG). Le second pilier, l'« engagement », s'appuie sur une volonté de contribuer à l'amélioration des principales institutions multilatérales, qui ne remplissent plus le rôle pour lequel elles ont été créées. En effet, les auteurs estiment que le développement ne peut plus être traité d'un point de vue technique ou fonctionnel, basé sur un consensus artificiel scellé selon la distribution du pouvoir existant entre les États au moment de la consolidation de l'institution. Il s'agit au contraire de considérer le développement sous l'angle politique, au sein d'institutions multilatérales fortes, où les opinions divergentes peuvent s'exprimer et ainsi, influencer la prise de décisions.

À la différence de l'approche rationnelle, qui voit dans le multilatéralisme une extension des interactions entre des États vouée à la défense de leurs intérêts, l'approche critique considère l'institution multilatérale dans son ensemble plutôt que comme la somme de ses États membres. L'importance attribuée aux idées constitue également un contraste considérable avec l'approche rationnelle. Celles-ci représentent plus que les intérêts des membres les plus influents : elles permettent une redéfinition de ces intérêts en fonction de l'ordre social établi par l'institution internationale.

1.1.3.4. L'approche « gagnants et perdants »

Pour conclure, l'approche théorique développée par Lloyd Gruber³⁸ remet en question le point de vue dominant au sein des courants réaliste et néolibéral voulant que la création d'une institution internationale constitue nécessairement un gage d'amélioration pour l'État membre par rapport à la situation dans laquelle il se trouvait préalablement. L'approche « gagnants-perdants » de Gruber oppose à l'analyse rationnelle, selon laquelle les États coopèrent au sein des institutions internationales parce qu'ils y font des gains, l'argument voulant que certains États adhèrent à une institution internationale par crainte des pertes qu'ils pourraient subir en demeurant à l'extérieur.

³⁸ GRUBER, Lloyd. *Ruling the World – Power politics and the rise of supranational institutions*. Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 2000.

L'auteur postule que les institutions internationales sont généralement l'initiative d'un petit nombre d'acteurs (les gagnants), parfois uniquement de deux États, qui modulent la coopération en fonction de leurs propres intérêts. Ce faisant, ils modifient le *statu quo* mondial existant. Les autres États (les perdants) peuvent alors volontairement décider de se joindre à cette nouvelle structure, dans la crainte d'être laissés à l'extérieur du nouveau système établi, même s'ils affichent une préférence marquée pour l'état préalable à la coopération. Cependant, considérant qu'entre deux maux, on choisit le moindre, et le *statu quo* antérieur ayant disparu, il apparaît préférable aux États perdants de se joindre à l'institution internationale même si, dans les faits, cette nouvelle situation dégrade leurs conditions. L'incitatif devient alors non pas la perspective du gain, mais l'absence d'une meilleure alternative³⁹.

Après avoir posé les raisons pour lesquelles les États coopèrent, Gruber s'attarde à l'organisation de cette coopération, notamment au choix du design institutionnel. Selon l'auteur, les acteurs qui choisissent de coopérer (les gagnants) sont en position d'imposer leurs préférences en matière de design institutionnel, sans nécessairement devoir prendre en considération les préférences des autres acteurs (les perdants). Les États qui sont à l'origine de l'entente peuvent donc décider unilatéralement du design de l'institution qui sera mise en place⁴⁰.

Enfin, l'auteur examine les facteurs qui influencent la durée de vie d'un accord et par conséquent, le choix de son design institutionnel. Il accorde une importance particulière aux adversaires politiques internes qui ont exprimé leur désaccord avec le projet d'accord et qui, une fois élus, pourraient vouloir s'en retirer. Ainsi, il suppose que les accords qui ne font pas l'objet d'un consensus interne tendent à être moins précis, de façon à permettre aux successeurs d'y apporter certains ajustements, sans être pour autant portés à remettre en question l'existence même de l'accord⁴¹. Dans un même ordre d'idées, il présume que l'absence de consensus interne est également un facteur qui entraîne une plus grande délégation de pouvoir à une tierce partie. De cette façon, les promoteurs de l'accord

³⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 81.

⁴¹ *Ibid.*, p. 9.

s'assurent que leurs successeurs auront une influence limitée sur l'accord, puisqu'une partie de la prise de décisions sera déléguée à une tierce partie⁴².

1.1.4. Problème spécifique de recherche

Nous avons fait part en introduction de notre questionnement sur la structure institutionnelle de l'ALENA et sur les motifs ayant mené à son élaboration. La présente section expose l'approche théorique retenue afin de poursuivre cette réflexion. Elle propose également une revue des principales études réalisées sur les institutions de l'ALENA, visant ainsi à mieux cerner le cas d'application et à repérer les lacunes de cette littérature spécifique.

1.1.4.1. Choix d'un cadre théorique

Les approches théoriques exposées dans la section précédente proposent différents modèles pour comprendre la conception des institutions internationales. Afin de formuler la question spécifique, nous orienterons le problème de recherche selon l'approche du choix rationnel définie précédemment. Le choix rationnel postule que les acteurs choisissent l'option qui maximise leurs intérêts, en fonction de l'information dont ils disposent au moment de la prise de décision. Appliqué aux institutions internationales, le « design rationnel » soutient que les États sont guidés par leurs propres intérêts pour déterminer une structure institutionnelle qui servira à poursuivre des objectifs communs.

Fort utilisée dans l'étude des institutions internationales, cette approche affirme que les institutions internationales sont utiles pour surmonter les problèmes liés à l'action collective des États, aux coûts de transaction élevés, à l'information déficiente et à l'asymétrie⁴³. Dans le cadre de notre étude, et précisément pour le cas d'application qui retient notre attention, cette approche s'avère pertinente puisqu'elle nous permet de poser le problème en terme de préférences des États pour un design institutionnel et de compromis

⁴² *Ibid.*, pp. 83-4.

⁴³ MARTIN, Lisa L. et Beth A. SIMMONS. «Theories and Empirical Studies of International Institutions.» *International Organization*, vol. 52(4), 1998, p.738.

obtenu. Les préférences d'un État se forment à partir de ses capacités et de ses perceptions concernant les préférences de ses partenaires et les coûts et bénéfices escomptés à l'issue de la négociation. Quant au compromis obtenu au terme de la négociation, il constitue l'expression du point d'équilibre entre les interactions stratégiques des États en cause, qui sont guidés chacun par leurs préférences respectives⁴⁴.

Nous sommes conscients, comme le mentionnent Koremenos et al. en conclusion de leur recherche sur le design rationnel, que l'approche du choix rationnel est complexe et que le modèle proposé par les auteurs ne prend pas en considération toutes les implications théoriques associées à cette approche⁴⁵. Elle demeure malgré tout fort intéressante aux fins de notre étude, puisque nous cherchons à comprendre les intentions qui animent les décideurs dans la négociation d'une structure institutionnelle pour un accord donné.

Par ailleurs, certaines limites de cette approche, qui ont été mentionnées précédemment, pourront être contournées. Prenons le fait que le modèle considère l'État comme un acteur unique. Cette critique peut être considérée ici de façon avantageuse. En effet, même si les États doivent considérer l'opinion de multiples acteurs pour définir leur position sur le sujet, il n'en demeure pas moins qu'ils ne peuvent faire entendre qu'une seule voix lors des négociations. De même, nous tenterons de remédier à certaines lacunes liées à la définition des variables dans l'élaboration de notre cadre opératoire.

Comme le fait remarquer John S. Duffield dans sa critique de l'approche du choix rationnel⁴⁶, le modèle théorique développé par Koremenos et al. n'est ni complet ni achevé. Afin de remédier à cette critique soulevée par Duffield, nous avons choisi de combiner l'approche du choix rationnel avec le cadre d'analyse offert par le concept de la légalisation appliqué aux institutions internationales, tel qu'élaboré par les auteurs Abbott, Keohane, Moravcsik, Slaughter et Snidal, qui a été présenté à la section précédente.

⁴⁴ KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL. «The rational design of international institutions.» *International Organizations*, vol. 55(4), 2001, p. 781.

⁴⁵ KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL. «Rational Design: Looking Back to Move Forward.» *International Organizations*, vol. 55(4), 2001, p. 1066.

⁴⁶ DUFFIELD, John S., *op. cit.*, pp. 411-30.

Dans le cadre de notre étude, qui se doit d'être bidisciplinaire, le choix du concept de la légalisation est fort intéressant puisqu'il aspire à être un modèle d'analyse commun à la politique et au droit. De plus, ce modèle a l'avantage de fournir un cadre d'analyse permettant de définir le design institutionnel d'un accord donné en trois éléments, soit la précision, l'obligation et la délégation, pour en déterminer le niveau de légalisation. En combinant ainsi les deux approches retenues, nous contournons la difficulté identifiée par Duffield voulant que les variables dépendantes du modèle du choix rationnel ne soient pas suffisamment précises⁴⁷.

1.1.4.2. *Lacunes observables dans la littérature*

Un survol de la littérature relative au cas d'application retenu, l'ALENA, démontre que celui-ci a fait l'objet d'innombrables recherches pendant son élaboration et depuis sa mise en œuvre, autant de la part de ses partisans que de ses adversaires. Les impacts de sa mise en œuvre ont fait l'objet d'un grand nombre d'études et ont été évalués sous divers angles : économique, politique, juridique, social, environnemental, etc. Plusieurs auteurs ont orienté leurs recherches sur les questionnements liés à la poursuite de l'intégration régionale initiée par l'ALENA⁴⁸. Les recherches du C.D. Howe Institute sont particulièrement importantes à ce sujet, dans la promotion d'une intégration économique accrue avec les États-Unis⁴⁹.

L'étude du cadre institutionnel de l'ALENA constitue un débat récent dont les premiers écrits remontent à 2000. Quelques études prospectives, réalisées pour la plupart par Robert A. Pastor ou s'inspirant de ses travaux, ont tenté d'élaborer des solutions à l'impasse

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 415-6.

⁴⁸ Parmi les nombreux auteurs ayant écrit sur le sujet, mentionnons: HAKIM, Peter et Robert E. LITAN. *The future of North American Integration : beyond NAFTA*. Washington: Brookings Institute, 2002; POITRAS, Guy. *Inventing North America : Canada, Mexico, and the United States*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2001; BARRY, Donald, Mark O. DICKERSON et James D. GAISFORD (dir.). *Toward a North American Community? Canada, the United States and Mexico*. Boulder, CO: Westview Press, 1995; WEINTRAUB, Sidney. *NAFTA : What comes next?* Westport, Conn. : Praeger, 1994.

⁴⁹ Plusieurs « commentaires » ont été rédigés par les chercheurs du C.D. Howe Institute. Mentionnons HUFBAUER, Gary C. et Jeffrey J. SCHOTT. «The Prospects for Deeper North American Economic Integration: A U.S. Perspective.» *Commentary no 195*, Toronto: C.D. Howe Institute, 2004; GOLDFARB, Danielle. «The Road to a Canada-U.S. Customs Union: Step-by-Step or in a Single Bound?» *Commentary no 184*, Toronto: C.D. Howe Institute, 2003; DOBSON, Wendy. «Shaping the Future of the North American Economic Space: A Framework for Action.» *Commentary no 162*, Toronto: C.D. Howe Institute, 2002.

actuelle en proposant notamment la mise sur pied de nouvelles institutions ou l'exploration trilatérale de nouveaux enjeux qui sortent du champ strictement circonscrit par le commerce des biens et des services et par l'investissement⁵⁰. Joseph A. McKinney a étudié de façon systématique le fonctionnement des institutions de l'accord après cinq ans d'implantation et en a recensé les interventions⁵¹. D'autres auteurs ont procédé à une évaluation du cadre institutionnel de l'ALENA et de ses lacunes⁵² ou à des études comparatives⁵³.

Cependant, les études portant spécifiquement sur le choix du design institutionnel retenu pour l'ALENA sont limitées. À cet égard, quelques études présentent un intérêt particulier. Une étude réalisée en 2000 par Frederick M. Abbott⁵⁴ applique le concept de la légalisation à l'ALENA pour en déterminer le design en terme d'obligation, de précision et de délégation. En 2004, les auteurs Gordon Mace et Louis Bélanger⁵⁵ ont réalisé une seconde analyse qui reprend le modèle de la légalisation de Abbott en y intégrant les critères définis par l'approche théorique de Koremenos. L'objectif poursuivi est de définir le design institutionnel actuel de l'ALENA et de déterminer les options existantes pour renforcer l'intégration nord-américaine. Bien que ces deux études nous fournissent une base solide en

⁵⁰ PASTOR, Robert A. *Toward a North American Community. Lessons from the Old World for the New*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 2001 et PASTOR, Robert A. «North America's Second Decade.» *Foreign Affairs*, vol. 83(1), 2004, pp. 124-35; MCKINNEY, Joseph A. «NAFTA Turns Ten.» *Baylor Business Review*, vol. 21(2), 2004, pp. 34-40; STEGER, Debra P. «The search for North American Institutions.» dans *Thinking North America*, no 1, Thomas J. COURCHESNE, Donald SAVOIE et Daniel SCHWANEN (dir.). *The Art of State*, vol. 2, Montréal: Institut de recherche en politique publique, 2005, pp. 77-89.

⁵¹ MCKINNEY, Joseph A. *Created from NAFTA : the structure, function, and significance of the treaty's related institutions*. Armonk, N.Y. : M.E. Sharpe, 2000.

⁵² GRINSPUN, Ricardo et Robert KREKLEWICH. «Institutions, power relations, and unequal integration in the Americas: NAFTA as deficient institutionally.» dans Kristen APPENDINI et Sven BISLEV (dir.). *Economic Integration in NAFTA and the EU*. New York: St Martin's Press, 1999, pp. 17-33; SOLDATOS, Panayotis. « Évaluation critique du cadre institutionnel de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). » dans Christian DEBLOCK et al. *Du libre-échange à l'union politique : le Canada dans l'Accord de libre-échange nord-américain, la France dans le marché unique*. Paris : L'Harmattan, 1996, pp. 133-52.

⁵³ BERNIER, Ivan et Martin ROY. «NAFTA and Mercosur : Two Competing Models?» dans Gordon MACE, Louis BÉLANGER & al. (dir.) *The Americas in transition : the contours of regionalism*. Boulder, Co. : Lynne Rienner, 1999, pp. 69-91.

⁵⁴ ABBOTT, Frederick M. «NAFTA and the legalization of world politics: a case study.» *International Organization*, vol. 54(3), 2000, pp. 519-47.

⁵⁵ MACE, Gordon et Louis BÉLANGER. «What institutional design for North America?» dans Sidney WEINTRAUB, Alan M. RUGMAN & Gavin BOYD (dir.). *Free trade in the Americas: economic and political issues for governments and firms*. Cheltenham, UK et Northampton, MA, USA : Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 107-126.

proposant une définition du design institutionnel retenu, celles-ci ne traitent pas spécifiquement de l'élaboration d'un tel design.

Toujours dans une perspective de questionnement quant à l'évolution de l'accord, Louis Bélanger a poursuivi ses travaux sur le design institutionnel de l'ALENA et s'est intéressé aux facteurs qui peuvent expliquer le choix des partenaires pour le design retenu. Il s'est interrogé sur la relation entre la grande précision et l'absence de délégation politique qui caractérise le design institutionnel de l'ALENA et il a notamment fait ressortir le rôle de l'asymétrie sur ce design⁵⁶.

Enfin, considérant que la structure institutionnelle de l'ALENA est grandement inspirée de la structure de l'ALÉ, mentionnons quelques recherches réalisées spécifiquement sur la période de négociations de l'ALENA et de son prédécesseur, l'ALÉ⁵⁷. Si ces études constituent de grandes sources d'information sur le contexte des négociations de ces deux accords, aucune ne procède à une analyse systématique de l'élaboration du design institutionnel de l'ALÉ ni de l'ALENA.

1.1.5. Question spécifique de recherche et hypothèse

Dans l'élaboration d'un accord international, le choix de la structure institutionnelle dépend d'une part, de l'objectif qui sous-tend l'élaboration de cet accord et d'autre part, des facteurs de nature politique, économique ou sociale qui balisent la négociation⁵⁸. Ces éléments déterminent les limites à l'intérieur desquelles les négociateurs peuvent évoluer pour conclure une entente et définir les caractéristiques de l'architecture institutionnelle.

⁵⁶ BÉLANGER, Louis. « Vers une communauté nord-américaine? Asymétrie et institutions communes au sein de l'ALENA. » dans Martine AZUELOS, Maria Eugenia COSIO-ZAVALA et Jean-Michel LACROIX (dir.). *Intégration dans les Amériques : dix ans d'ALENA*. Paris : Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, pp. 87-105 et *Id.*, «NAFTA : An Unsustainable Institutional Design.» dans Gordon MACE, Jean-Philippe THERRIEN et Paul HASLAM (dir.). *Governing the Americas : Assessing Multilateral Institutions*. Boulder, Colo. : Lynne Rienner, 2007, pp. 195-212.

⁵⁷ CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN. *The making of NAFTA : how the deal was done*. Ithaca, N.Y. : Cornell University Press, 2000; RITCHIE, Gordon. *Wrestling with the elephant : the inside story of the Canada-US trade wars*. Toronto : Macfarlane Walter & Ross, 1997; HART, Michael. *Decision at Midnight: Inside the Canada – U.S. Free Trade Negotiations*. Vancouver, B.C.: UBC Press, 1994.

⁵⁸ ABBOTT, Frederick M., *op. cit.*, pp. 519-20.

Puisque notre questionnement découle des institutions de l'ALENA, nous nous concentrerons sur les accords à vocation commerciale, de libre-échange ou d'intégration. Or, l'objectif qui sous-tend la négociation d'un accord à vocation commerciale est connu. Il consiste à garantir la libre circulation des biens, des services et des investissements par la libéralisation de l'accès à un marché donné. Toutefois, l'influence des différents facteurs, de nature politique, économique ou sociale, sur le choix du design institutionnel d'un accord demeure méconnue.

L'approche du choix rationnel pose l'asymétrie entre les acteurs comme un facteur influençant le choix du design institutionnel. Dans le cas de l'ALENA, cette dimension s'avère inhérente au contexte nord-américain. Par conséquent, l'asymétrie ne sera pas considérée comme un facteur influençant le choix du design, mais comme une condition préexistante à la définition du cadre institutionnel.

Le concept de la légalisation postule qu'on privilégiera l'usage d'une forte légalisation pour l'élaboration d'un accord de libre-échange ou d'intégration économique, afin que celui-ci soit contraignant et par conséquent, qu'il rende l'environnement économique prévisible et transparent⁵⁹. Selon cette approche, une forte légalisation est définie par un niveau élevé d'obligation et un niveau élevé d'au moins une des deux autres composantes, soit la précision ou la délégation. Ainsi, pour être contraignant, le design institutionnel d'un accord devra présenter une combinaison de deux caractéristiques de niveau élevé, dont l'obligation.

Toutefois, les auteurs Abbott et Snidal ont postulé qu'un niveau plus faible de légalisation pouvait faciliter l'atteinte du compromis lorsqu'il y a asymétrie entre les acteurs⁶⁰. En effet, la légalisation est généralement perçue comme étant favorable aux États faibles car elle permet de fonder la relation sur des règles contraignantes et des procédures impartiales plutôt que sur la diplomatie, qui avantage les États puissants. Un État faible sera plus enclin à accepter une structure fortement légalisée qui lui assurera une protection en limitant le

⁵⁹ *Loc. cit.*

⁶⁰ ABBOTT, Kenneth W. et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, pp. 447-50.

comportement de l'État puissant. Le modèle du choix rationnel propose une relation similaire basée sur la centralisation : lorsque le comportement d'un État est incertain ou lorsqu'il existe de fortes possibilités pour qu'un État agisse de façon unilatérale en dépit de l'accord conclu, les États concernés peuvent miser sur une plus forte centralisation de l'autorité au sein d'une institution internationale⁶¹.

Dans un contexte où l'État faible affiche déjà une dépendance face à l'État puissant (comme c'était le cas pour le Canada et le Mexique à l'endroit des États-Unis avant même la négociation des accords de libre-échange), ses coûts de souveraineté découlant d'une forte légalisation seront amoindris. Une forte légalisation peut malgré tout être mal perçue à l'intérieur des États faibles car elle peut donner l'impression d'un accroissement de la dépendance à l'État puissant.

Pour leur part, les États puissants résistent généralement aux formes hautement légalisées de design institutionnel, car ils souhaitent conserver le contrôle sur les résultats, ont moins besoin d'une protection légale et repoussent les institutions et les mécanismes qui peuvent limiter l'exercice de leur souveraineté. Ainsi, c'est principalement la délégation d'autorité à une tierce partie qu'ils redoutent.

Nous nous retrouvons donc en présence d'un dilemme entre des objectifs mutuellement exclusifs soit la volonté de conserver les coûts de souveraineté les plus faibles possibles et la recherche d'une assurance de respect de l'accord par ses contractants. Une étude intéressante réalisée par James McCall Smith⁶² pose ce dilemme et tente de déterminer les circonstances qui amènent les gouvernements à préférer l'un ou l'autre. Il a ainsi analysé, dans plus d'une soixantaine d'accords commerciaux, l'impact de l'asymétrie et du niveau d'intégration recherché sur le design institutionnel des mécanismes de règlement des différends de ces accords. La conclusion de son étude empirique tend à démontrer d'une part, que le niveau de légalisation est inversement proportionnel à l'ampleur de l'asymétrie entre les partenaires et, d'autre part, qu'en présence d'une faible asymétrie, le niveau de

⁶¹ KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, pp. 787-90.

⁶² MCCALL SMITH, James. «The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts.» *International Organization*, vol. 54 (1), 2000, pp. 137-80.

légalisation sera plus élevée si le niveau d'intégration proposé atteint au moins le marché commun. Dans sa conclusion, McCall Smith suggère de pousser cette réflexion par la réalisation d'études de cas visant à étudier le processus d'établissement d'un design institutionnel donné et la manière dont les interactions politiques influencent le résultat.

Ces réflexions théoriques nous amènent à formuler la question de recherche suivante :

Dans un contexte de négociation asymétrique où se confrontent des intérêts divergents, quel est le compromis le plus plausible en terme de design institutionnel?

L'approche théorique du choix rationnel postule que le design institutionnel est un compromis issu de l'ensemble des préférences exprimées par les acteurs qui poursuivent chacun leurs intérêts propres. Le compromis sera donc reflété par le niveau de légalisation du design institutionnel. Le design institutionnel qui sera négocié entre un État fort et un État faible devrait donc limiter les coûts sur la souveraineté pour l'État puissant tout en fournissant à l'État faible un incitatif à adhérer au traité en lui garantissant une forme de respect de l'accord. Prenant appui sur l'analyse réalisée par Abbott et Snidal ainsi que sur l'étude empirique réalisée par McCall Smith, cette construction théorique devrait s'appliquer autant dans un contexte bilatéral que dans un contexte multilatéral lorsqu'il y a présence d'asymétrie entre les Parties à un accord.

L'hypothèse retenue s'énoncera donc ainsi :

Dans un contexte de négociation asymétrique, la nature du design institutionnel obtenu au terme de la négociation est davantage fonction des préférences de l'État puissant que de celles de l'État faible.

1.2. Démarche méthodologique

1.2.1. *Élaboration du cadre opératoire*

L'hypothèse retenue propose d'établir la concordance (ou la non concordance) entre la nature du design institutionnel obtenu au terme de la négociation (le compromis) et la nature du design institutionnel souhaité par chaque acteur concerné (leur position de départ respective). S'appuyant sur la théorie, l'hypothèse postule que le choix final correspondra davantage au design privilégié par l'État puissant.

1.2.1.1. *Définition des variables*

L'élaboration du cadre opératoire suppose dans un premier temps la transposition des concepts de l'hypothèse en variables. L'hypothèse retenue pose deux éléments, design institutionnel obtenu et design institutionnel souhaité, qui réfèrent au même concept, celui de *nature du design institutionnel*. Nous avons convenu, par le cadre théorique retenu, de définir la nature du design institutionnel par le niveau de légalisation, qui nous fournit trois variables dépendantes : l'*obligation* (O), la *précision* (P) et la *délégation* (D). Définissons de façon plus exhaustive ces variables.

L'obligation correspond aux règles établies par un accord, qui engagent la responsabilité des États. On conçoit ici l'obligation au sens légal du terme et non au sens de coercition, moralité ou engagement⁶³. L'obligation est basée sur le principe de *pacta sunt servanda*, qui signifie que les règles contenues dans les accords internationaux sont considérées comme obligatoires et qu'elles ne peuvent être délaissées au gré des changements de préférences des États. Elles peuvent toutefois faire l'objet de réserves préalablement établies de la part des Parties à l'accord⁶⁴. Il importe de préciser qu'un traité peut perdre son caractère

⁶³ ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, p. 408.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 409.

obligatoire dans le cas d'un changement majeur des conditions dans lesquelles il a été établi⁶⁵.

Le non respect par une partie d'une règle établie par le traité constitue une violation. Celle-ci doit être résolue par des moyens diplomatiques ou par une procédure de règlement des différends à laquelle les États auront consenti au moment de la négociation. L'accord institue généralement des formes de réparation en cas de violation d'une règle : restitution, indemnité monétaire, reconnaissance de la faute ou permission de prendre des mesures compensatoires, de rétorsion ou de représailles.

La conversion des engagements en obligations légales altère les discussions postérieures à la conclusion de l'accord. En principe, lorsqu'un différend survient à propos de l'interprétation d'une règle, les discussions ne devraient pas être menées en termes de pouvoir et d'intérêt, mais en fonction du texte proprement dit, des objectifs poursuivis par l'accord, des précédents, des exceptions et des faits particuliers⁶⁶.

Les valeurs attribuées à l'obligation varient d'inexistante à élevée. À une extrémité du spectre se trouvent les accords explicitement non contraignants. Il s'agit des accords qui relèvent de la suggestion. De par son titre, le *Non-Legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus* de 1992 sur la gestion durable des forêts est un exemple type d'un accord non contraignant. À l'autre extrémité se trouvent les obligations irrévocables, auxquelles est généralement accolée la mention «sous aucune considération». Entre ces deux extrêmes s'inscrivent les autres types d'obligation : la recommandation, le principe directeur, la réserve et la clause échappatoire à certaines règles spécifiques, la prescription formelle, l'obligation contractuelle, etc.

Selon la définition de la précision fournie par Abbott et al., une règle est précise lorsqu'elle spécifie clairement et sans ambiguïté ce qui est attendu de la part des acteurs, en fonction des circonstances, aussi bien en ce qui concerne les objectifs à atteindre que les moyens à

⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶ *Loc. cit.*

utiliser pour y parvenir⁶⁷. La précision est caractérisée par le degré d'élaboration du texte, la quantité de détails qui s'y trouvent, les spécifications sur les comportements requis et proscrits, etc. La précision se mesure également à la cohérence de l'ensemble des règles énoncées par un accord : plus le degré de précision d'un accord sera élevé, moins la possibilité que des règles entrent en contradiction l'une avec l'autre sera présente et plus il sera aisé d'interpréter le cadre proposé pour des cas particuliers. Il ne faut toutefois pas confondre précision et contrainte : une règle précise n'est pas nécessairement plus contraignante qu'une règle énoncée dans des termes généraux. De plus, le critère de précision peut être utilisé pour définir des limites et des exceptions visant à réduire l'impact d'une règle donnée.

Plus un texte sera précis, moins le recours à l'interprétation des règles sera nécessaire, ce qui diminue les risques de conflits entre les Parties à un accord. Il est généralement reconnu que dans la négociation d'un accord, un degré de précision élevé signifie que les acteurs ont convenu au préalable des comportements acceptés et proscrits et qu'ils entendent laisser une place des plus restreintes à l'interprétation. À l'inverse, un faible degré de précision manifeste l'intention des acteurs de s'en remettre à la décision d'une tierce partie pour juger les différends⁶⁸. Selon toute vraisemblance, on pourrait donc s'attendre à ce qu'un faible degré de précision soit associé à un degré de délégation élevé.

Tout comme pour la variable obligation, on peut attribuer différentes valeurs au critère de précision, qui varient de faible à élevée. Certaines règles ne laisseront aucune place à l'interprétation, ou très peu, alors que l'interprétation d'autres dispositions sera presque entièrement laissée à la discrétion des États parties. Certaines seront aussi élaborées sous forme de principes généraux⁶⁹. Il est relativement fréquent, dans les accords internationaux, que les règles de procédure soient beaucoup plus précises que les dispositions de contenu⁷⁰. Enfin, il importe de préciser que certains accords ou certaines portions de ceux-ci sont

⁶⁷ *Ibid.*, p. 412.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 413.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 415.

⁷⁰ GRUBER, Lloyd, *op. cit.*, pp. 61-2.

délibérément rédigés de façon vague pour des raisons liées au contexte domestique ou international qui prévaut au moment de la rédaction.

Enfin, la variable délégation correspond à l'autorité consentie à une tierce partie afin de mettre en œuvre l'accord. Cette variable comprend deux aspects : d'une part, le pouvoir délégué pour interpréter les règles existantes ou en élaborer de nouvelles, d'autre part, l'autorité concédée pour régler les différends qui surgissent entre les Parties à l'accord. La tierce partie peut prendre la forme d'une cour d'arbitrage, d'un arbitre unique, d'une entité administrative, etc. Lorsqu'on mesure le degré de délégation d'un accord, ces deux aspects sont jugés indépendamment l'un de l'autre; le niveau de délégation correspond alors à une moyenne des degrés associés aux deux aspects.

La délégation consentie à une tierce partie pour interpréter, préciser, renforcer, modifier et/ou élaborer des règles, est très variable selon les accords. Il s'agit d'une façon de permettre à un accord d'évoluer afin de s'adapter aux changements qui surviennent dans le système international⁷¹. À l'extrémité élevée du spectre, une tierce partie disposerait du pouvoir d'élaborer et de mettre en œuvre des règles contraignantes, avec ou sans possibilité d'avoir recours à des clauses échappatoires. Les formes plus modérées de délégation comprennent l'élaboration de politiques internes au fonctionnement, l'élaboration de normes et de standards, la recommandation et les groupes de discussion⁷². Par ailleurs, il est fréquent que les États parties à un accord laissent aux institutions internationales le soin de définir les normes d'application d'une règle énoncée, surtout lorsqu'une expertise spécifique est requise. Ces normes ne seront généralement pas automatiquement intégrées aux accords; dans la plupart des cas, elles devront d'abord être soumises aux États parties avant de devenir des obligations légales.

Les mécanismes de règlement des différends peuvent également prendre diverses formes, selon le niveau de délégation qui leur est consenti. On distingue les moyens diplomatiques,

⁷¹ Keohane avait auparavant fait référence à cette variable en parlant de l'autonomie d'une institution internationale. KEOHANE, Robert O. *International Institutions and State Power. Essays in International Relations Theory*. Boulder, San Francisco & London: Westview Press, 1989, pp. 4-5.

⁷² ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, p. 416.

qui proposent des solutions de règlement ou aident les Parties en cause à s'entendre, des moyens juridictionnels, qui imposent une solution, généralement fondée sur le droit international⁷³. Les moyens diplomatiques, qui incluent notamment la médiation, les bons offices, la conciliation et les négociations politiques, permettent aux Parties à l'accord de conserver le contrôle sur le litige et d'accepter ou de refuser le règlement proposé. Les négociations constituent la première étape dans une majorité de processus de règlement des disputes internationales. L'ensemble des modes diplomatiques de règlement des différends présentent un faible degré de délégation⁷⁴.

On reconnaît deux types de moyens juridictionnels : le recours à un tribunal d'arbitrage, généralement *ad hoc*, et le recours à une cour internationale de justice. Le tribunal d'arbitrage requiert des Parties à l'accord qu'elles en définissent les critères de fonctionnement⁷⁵. Il est mis en place au besoin, lorsqu'un litige éclate entre deux ou plusieurs Parties et, contrairement à la cour de justice, il ne peut appuyer sa décision sur une décision rendue par un tribunal d'arbitrage antérieur. Le caractère permanent de la cour internationale de justice confère à ce type d'instance un niveau de délégation supérieur à celui attribué au tribunal d'arbitrage. Pour ces deux types de mécanismes, les décisions rendues peuvent être obligatoires ou facultatives, selon le choix des Parties à l'accord⁷⁶. Le caractère des décisions influencera le niveau général de délégation de l'accord. Par exemple, les décisions rendues par les cours peuvent être obligatoires (degré très élevé) ou être fondées sur le consensus et détenir une portée limitée (degré élevé).

En outre, alors que les mécanismes de règlement des différends des accords internationaux sont généralement réservés exclusivement aux États parties, un accord qui permet les recours de la part d'acteurs privés (individu ou entreprise) présente un niveau élevé de délégation.

⁷³ MERRILLS, J. G.. *International Dispute Settlement*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1998, p. 88.

⁷⁴ ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, p. 416.

⁷⁵ MERRILLS, J. G., *op. cit.*, p. 88.

⁷⁶ BILDER, Richard B. «An Overview of International Dispute Settlement.» *Journal of International Dispute Resolution*, 1986, pp. 24-5, reproduit dans Mary Ellen O'CONNELL (dir.). *International Dispute Settlement*, Burlington, VT: Ashgate, 2002.

Ces trois variables, l'obligation, la précision et la délégation, peuvent être mesurées avec des indicateurs de type ordinal, que nous limiterons à trois degrés : faible (↓), modéré (-) et élevé (↑). La combinaison de ces trois variables, en attribuant à chacune d'elle une valeur propre, constitue un design institutionnel. Les valeurs qu'on peut appliquer aux trois composantes (élevée, modérée, faible) sont suffisamment distinctes pour permettre d'étudier les significations et les conséquences d'un changement de valeur sur le design étudié. Il importe de préciser que ces trois variables varient indépendamment l'une de l'autre. Les combinaisons possibles demeurent donc fort nombreuses.

Nous avons préféré la définition des variables dépendantes offerte par le concept de la légalisation à celle offerte par l'approche du choix rationnel de Koremenos et al. En effet, la combinaison de ces variables, bien qu'elles varient indépendamment l'une de l'autre, nous permet de définir le niveau de légalisation d'un accord. Les variables dépendantes proposées par l'approche du choix rationnel⁷⁷, du fait qu'elles peuvent être étudiées indépendamment l'une de l'autre, auraient pu être utiles si nous en avions retenu une en particulier. Par ailleurs, les variables centralisation et contrôle constituent deux dimensions de la variable délégation : une forte centralisation s'apparente à une forte délégation et un contrôle élevé de chaque membre sur les institutions correspond à un faible niveau de délégation. Quant à la variable flexibilité, elle regroupe les variables précision et délégation qui s'exprimeraient de façon inversée selon le niveau de flexibilité recherché : une grande flexibilité combinerait un niveau élevé de délégation et un niveau plus faible de précision.

L'hypothèse retenue étant de nature descriptive, elle cerne l'analyse sous l'angle du résultat, du compromis obtenu en fonction des préférences des États. Toutefois, elle ne propose pas d'explication sur la nature de ces préférences. En raison de la nature de l'hypothèse, le cadre opératoire sera donc défini uniquement par des variables dépendantes. La même grille d'analyse s'appliquera donc à la fois à la nature du design obtenu et aux préférences des États.

⁷⁷ Ces variables sont les règles d'adhésion, le champ d'application, le degré de centralisation des tâches, les règles définissant le contrôle des membres sur l'organisation et le degré de flexibilité des règles établies.

L'hypothèse retenue fait toutefois état d'une variable antécédente, l'asymétrie, qui doit être incluse dans le cadre opératoire. L'asymétrie est présentée comme une variable indépendante dans les deux approches théoriques utilisées, l'approche du choix rationnel et le concept de la légalisation. Ces deux approches définissent l'asymétrie en fonction de la distribution du pouvoir entre les acteurs et de leur capacité respective à influencer l'issue d'une négociation. La distribution du pouvoir se traduit principalement en fonction des capacités économiques des acteurs. Comme l'a précisé James McCall Smith, l'asymétrie entre les acteurs d'une zone d'intégration est principalement liée à deux facteurs : la dépendance commerciale d'un État vis-à-vis des autres Parties à un accord, mesurée pour chaque État selon son volume d'exportations à l'intérieur de la zone d'intégration définie par l'accord par rapport à son produit national brut (PNB), et le pouvoir économique relatif, mesuré selon le pourcentage représenté par le PNB de chaque partie par rapport au PNB total de la zone d'intégration⁷⁸.

1.2.1.2. Mesure du niveau de légalisation

L'attribution d'une valeur à chacune des variables obligation, précision et délégation et leur combinaison déterminent le niveau de légalisation d'un accord, qui sera également mesuré selon les indicateurs faible (↓), modéré (-) et élevé (↑). Afin de vérifier notre hypothèse, nous devons proposer un classement parmi les niveaux de légalisation afin de pouvoir mesurer l'écart entre les préférences d'un gouvernement pour un design et le résultat obtenu.

Le cadre théorique établit que le design institutionnel d'un accord économique doit être contraignant. La valeur attribuée à la variable obligation est particulièrement importante dans les accords commerciaux, puisqu'on cherche à édicter des règles pour réguler l'activité économique, ce qui ne peut logiquement se faire sans obligations légales. Cette contrainte commande donc l'attribution d'une valeur élevée à la variable obligation. En octroyant une valeur faible à l'obligation, on ne parle pas d'accord de libre-échange proprement dit mais plutôt d'un forum de coopération économique. Un bon exemple de ce

⁷⁸ MCCALL SMITH, James, *op. cit.*

type de légalisation est la Coopération économique de la zone Asie-Pacifique (APEC), qui n'est pas un accord de libre-échange et n'entend pas le devenir. La consultation et le consensus guident les échanges entre les membres, qui ne sont pas liés par des clauses légales⁷⁹.

L'attribution d'une valeur élevée à l'obligation restreint les possibilités de design institutionnel. Nous nous intéresserons donc plus spécifiquement à la valeur attribuée aux variables précision et délégation en proposant une classification des niveaux de légalisation. Le tableau 1 présente les différentes possibilités de configuration de designs institutionnels contraignants, ordonnés du design le plus fortement légalisé au design le plus faiblement légalisé:

Tableau 1 – Classification des niveaux de légalisation contraignants

Type	Obligation	Précision	Délégation	Niveau de légalisation
<i>Design 1</i>	Élevé (↑)	Élevé (↑)	Élevé (↑)	Élevé
<i>Design 2</i>	Élevé (↑)	Modéré (→)	Élevé (↑)	Élevé
<i>Design 3</i>	Élevé (↑)	Faible (↓)	Élevé (↑)	Élevé
<i>Design 4</i>	Élevé (↑)	Élevé (↑)	Modéré (→)	Modéré
<i>Design 5</i>	Élevé (↑)	Modéré (→)	Modéré (→)	Modéré
<i>Design 6</i>	Élevé (↑)	Faible (↓)	Modéré (→)	Modéré
<i>Design 7</i>	Élevé (↑)	Élevé (↑)	Faible (↓)	Faible
<i>Design 8</i>	Élevé (↑)	Modéré (→)	Faible (↓)	Faible
<i>Design 9</i>	Élevé (↑)	Faible (↓)	Faible (↓)	Faible

Source : Inspiré de Kenneth W. ABBOTT, Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL. «The concept of legalization.» *International Organization*, vol. 54 (3), 2000, p. 406.

Cette classification est inspirée du modèle proposé par Abbott et al. Nous avons conservé uniquement la portion du classement où la variable obligation est élevée et nous y avons

⁷⁹ ABBOTT, Frederick M., *op. cit.*, p. 520.

introduit la valeur modérée afin de diversifier les combinaisons. Nous avons ensuite précisé le niveau de légalisation de chaque combinaison. Bien entendu, toutes ces combinaisons demeurent relativement contraignantes, en raison de leur niveau élevé d'obligation. Néanmoins, puisque le niveau de légalisation diminue dès que le niveau d'une variable se trouve altéré, nous avons établi un ordre qui respecte la prépondérance de la variable délégation sur la variable précision, comme le suggère le modèle.

L'introduction de l'attribut modéré a pour effet de rendre plus difficile l'ordonnement des combinaisons. On pourrait aisément argumenter que les designs 3 et 4 sont équivalents en ce qui a trait au niveau de légalisation, tout comme les designs 6 et 7. Pour remédier à la situation, nous avons appliqué la règle de la variable prépondérante pour ordonner ces combinaisons. Ainsi, les combinaisons qui attribuent une valeur plus élevée à la délégation qu'à la précision sont considérés comme étant plus fortement légalisés. Cette règle s'appuie sur le fait que même un accord extrêmement précis demeure toujours incomplet puisque les Parties qui établissent le design institutionnel se trouvent dans un état d'incertitude par rapport aux changements à l'état du monde et ne peuvent prévoir l'éventail infini de situations qui pourraient ou non se produire. La délégation constitue alors une meilleure option – comprendre plus légalisée – pour permettre à l'accord de s'adapter à l'évolution du contexte mondial et de pallier aux imprécisions d'un accord⁸⁰. Il n'est toutefois pas exclu que des études de cas particulières à ces niveaux de légalisation puissent démontrer un ordonnancement différent.

Évaluons brièvement les formes les plus clairement définies parmi les options proposées, soit celles qui n'introduisent pas la variable modérée. Il s'agit des *designs 1, 3, 7, et 9*. Le *design 1* présente le plus haut type de légalisation possible. On l'associe généralement beaucoup plus aux systèmes nationaux, mais certains accords internationaux ou certaines portions de ceux-ci se rapprochent de ce type⁸¹. Le traité sur l'Union européenne est probablement, à l'heure actuelle, l'organisation internationale qui représente le mieux ce

⁸⁰ ABBOTT, Kenneth W. et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, p. 433.

⁸¹ ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL, *op. cit.*, p. 402.

type de légalisation⁸². On peut également considérer que, malgré ses lacunes au plan de l'effectivité, la Cour pénale internationale est élaborée selon ce type de légalisation. Rappelons que le cadre théorique utilisé s'intéresse à la légalisation établie par le texte d'un accord et non à la mise en œuvre de celui-ci par les États membres. Le *design 2* est à peine moins légalisé.

Le *design 3* et le *design 7*, de même que les combinaisons intermédiaires, représentent des agencements intéressants pour un accord économique. Le *design 3* remédie à l'imprécision des règles par une forte délégation d'autorité à une tierce partie pour mettre en œuvre et interpréter les règles existantes et en créer de nouvelles au besoin. Également, un degré élevé de délégation signifie généralement que des mécanismes de règlement des différends contraignants ont été élaborés. Ce design peut être intéressant pour contrer les incertitudes liées aux changements du système international ou au comportement d'un partenaire, en laissant une place plus importante à l'interprétation. À titre d'exemple, dans une négociation économique, les petits États doivent généralement consentir à de plus grandes concessions pour obtenir un accord avec un partenaire puissant. Le cadre institutionnel doit donc, d'une part, permettre d'assurer le respect des dispositions négociées et, d'autre part, garantir que le partenaire majeur ne demandera pas de concessions additionnelles une fois l'accord mis en œuvre par une interprétation arbitraire de ses dispositions.

Dans le cas du *design 7*, la précision l'emporte sur la délégation. Ainsi, les règles seront détaillées de façon minutieuse et exhaustive, afin de laisser une place des plus restreintes à l'interprétation. Ce faisant, la nécessité de doter une tierce partie d'un niveau élevé de délégation pour interpréter les dispositions de l'accord en fonction d'une situation donnée se trouve réduite. Cette option correspondra généralement davantage aux préférences des États les plus puissants puisqu'elle entraîne de faibles coûts de souveraineté.

La différence majeure entre les *designs 3 et 7* réside dans la capacité d'évolution de l'accord. Le *design 7* représente un accord fermé. La modification de certaines règles et

⁸² Rappelons que l'Union européenne n'est pas limitée à un accord d'intégration économique, mais incorpore également les dimensions politique et sociale.

L'ajout de nouvelles dispositions ne peuvent être consentis sans une réouverture de l'accord et la reprise des négociations entre les Parties à l'accord. Le *design 3* permettra habituellement à l'accord d'évoluer et de s'adapter aux nouvelles conditions de l'environnement économique et politique, sans avoir besoin d'entreprendre de nouvelles négociations à chaque fois.

Quant au *design 9*, qui se situe au plus bas niveau de l'échelle de légalisation établie, il ne correspond pas à la définition d'un design institutionnel contraignant puisque seule la variable obligation présente un niveau élevé. En principe, ce type de design ne devrait pas figurer dans un accord économique.

Enfin, selon le modèle théorique, le design institutionnel correspondant aux préférences de l'État faible devrait se situer davantage dans la partie supérieure du tableau (*design 1 à 3*) et le design correspondant aux préférences de l'État puissant, dans la partie inférieure (*design 7 à 9*). Par conséquent, le design institutionnel de l'accord négocié devrait également se situer dans la partie inférieure du tableau.

1.2.2. Stratégie de vérification

Puisque notre questionnement principal porte sur l'élaboration du design institutionnel de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), nous procéderons à l'aide d'une étude de cas unique afin de vérifier l'hypothèse. Cette stratégie a l'avantage de permettre une étude approfondie d'un phénomène, bien qu'elle ne permette habituellement pas de généraliser. Dans le cas présent, nous préférons effectuer une analyse détaillée d'un seul accord qui a fortement influencé la forme des accords de libre-échange subséquents, plutôt que de réaliser une étude de cas multiples qui s'avérerait plus sommaire.

Comme nous l'avons mentionné en introduction, le cadre institutionnel de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALÉ), entré en vigueur en 1988, a largement influencé la structure de l'ALENA. Une étude complète du design institutionnel de l'ALENA nécessite donc que l'on s'attarde également à l'élaboration du cadre

institutionnel de l'ALÉ. Dans ce cas particulier, on ne peut pas réellement parler d'une étude de cas multiples, puisque ces deux accords s'inscrivent en continuité l'un de l'autre.

Le cas de l'ALENA présente sans contredit les conditions préalables d'asymétrie sur lesquelles la problématique a été établie. Ce cas est d'autant plus intéressant qu'il met en présence une puissance hégémonique, les États-Unis, et deux États relativement faibles, le Canada et le Mexique, qui présentent toutefois des différences majeures entre eux. Au moment du lancement des négociations, le Canada est une puissance moyenne dont l'économie est bien développée et fortement orientée vers le commerce extérieur, alors que le Mexique est considéré comme un pays en voie de développement dont l'économie nécessite de profondes réformes après avoir été fermée pendant de nombreuses années. Ces distinctions entre les deux États faibles sont intéressantes pour mettre à l'épreuve le modèle théorique et vérifier si la théorie relative au comportement des États faibles peut s'appliquer à différents contextes.

Par ailleurs, il est généralement reconnu qu'à son entrée en vigueur, l'ALENA présentait un nouveau type d'accord de libre-échange, qui a ensuite servi de modèle à la conclusion de plusieurs autres accords. Compte tenu que l'ALENA semble maintenant se révéler inadéquat, l'analyse de son cadre institutionnel constitue une première démarche d'intérêt. Il pourrait être pertinent, dans un projet subséquent, d'analyser les variations du design institutionnel des accords qui se sont inspirés de l'ALENA, pour voir si des solutions intéressantes ont été mises en œuvre pour pallier certaines insuffisances de l'accord modèle.

1.2.3. Collecte et traitement des données

L'observation documentaire constituera la méthode de collecte de l'information. Cette méthode a l'avantage d'être facile d'accès, peu coûteuse et d'avoir une réactivité très faible. La validité et la fiabilité de l'instrument de collecte reposeront bien entendu sur la qualité des sources utilisées. Ainsi, les sources officielles et les ouvrages et périodiques spécialisés seront privilégiés, les premières pour obtenir une information factuelle et les secondes, afin de corroborer les déductions obtenues à partir des sources officielles.

L'analyse proprement dite sera de type qualitative et comportera trois étapes. Dans un premier temps, une analyse détaillée du texte du traité établissant l'ALENA sera réalisée en fonction des variables du cadre opératoire. Il s'agira de déterminer la valeur associée à chaque variable dans le texte de l'accord, afin de définir son niveau de légalisation. À cette étape, il sera possible de définir le type de design institutionnel qui correspond à l'ALENA dans le tableau de classification des niveaux de légalisation. Le design établi sera ensuite comparé aux préférences des Parties à l'accord. Les articles spécialisés de Abbott, de Mace et de Bélanger seront utilisés afin de commenter les conclusions qui seront tirées de cette première étape de l'analyse. L'étude du design institutionnel en fonction des variables *obligation*, *précision* et *délégation* sera réalisée uniquement sur l'ALENA, puisqu'il s'agit de l'accord « achevé ». Nous nous assurerons toutefois que la classification établie pour l'ALENA s'applique également à l'ALÉ, en traitant de l'évolution de la structure institutionnelle de l'ALÉ à l'ALENA.

Dans un second temps, nous tenterons d'établir, pour chacun des États membres de l'ALENA, ses préférences en ce qui a trait au niveau de légalisation de l'accord à être négocié. Ainsi, nous chercherons à documenter les positions de départ de chacun, à partir de sources officielles et de la littérature spécialisée. À cette étape, l'analyse des préférences des Parties pendant la négociation de l'ALÉ est essentielle à la présente démonstration, puisque c'est à ce moment que se sont forgées les positions du Canada et des États-Unis sur le design institutionnel qui a ensuite été repris dans l'ALENA.

La littérature spécialisée relative à la période des négociations de l'ALÉ et de l'ALENA sera fort utile à cette étape⁸³. Bien qu'il ne s'agisse pas de sources de première main, ces analyses se basent sur des observations rigoureuses ainsi que sur de nombreuses entrevues réalisées avec des acteurs de premier plan de ces négociations. Le danger de biais que présente la littérature secondaire devra être compensé par l'utilisation de sources variées.

⁸³ Cette littérature consistera principalement dans les ouvrages suivants : CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN. *The making of NAFTA : how the deal was done*. Ithaca, N.Y. : Cornell University Press, 2000; RITCHIE, Gordon. *Wrestling with the elephant: the inside story of the Canada-U.S. trade wars*. Toronto : Macfarlane Walter & Ross, 1997; HART, Michael. *Decision at Midnight: Inside the Canada – U.S. Free Trade Negotiations*. Vancouver, B.C.: UBC Press, 1994; DOERN, Bruce et Brian TOMLIN. *Faith and Fear : The Free Trade Story*. Toronto: Stoddard, 1991. D'autres ouvrages et articles spécialisés complémentaires seront également utilisés.

Un certain nombre de discours prononcés par les principaux acteurs politiques de ces négociations, notamment les chefs d'État et de gouvernement et les ministres du Commerce extérieur, pourront fournir quelques éléments d'explication sur les préférences institutionnelles de chaque partie. Une autre source fort utile à cette étape pour corroborer la littérature spécialisée, se trouve dans les actes des nombreuses conférences académiques qui ont porté sur les accords, avant ou après leur conclusion, et qui ont donné la parole à plusieurs acteurs de premier plan, tant parmi les membres des équipes de négociation que parmi les autorités politiques de l'époque.

Enfin, la dernière étape de l'analyse consistera à évaluer l'écart entre le niveau de légalisation souhaité par chacune des Parties et le niveau établi par le design institutionnel de l'accord, afin de vérifier s'il y a adéquation ou non entre l'hypothèse et l'étude de cas. Dans cette dernière partie, nous observerons les concordances et les divergences entre le cadre théorique et le cas analysé et nous déterminerons si des facteurs autres que l'asymétrie peuvent avoir influencé le résultat. Ces constatations devraient permettre de jeter un éclairage intéressant sur la paralysie actuelle des institutions de l'ALENA et permettre de vérifier s'il s'agit d'un problème propre à la structure institutionnelle ou qui résulte plutôt de l'utilisation de celle-ci par les Parties.

En terminant, mentionnons l'intérêt que présente cette analyse dans le contexte d'une étude bidisciplinaire. L'analyse du texte de l'accord selon le concept de la légalisation relève de la perspective juridique, alors que l'analyse des préférences des acteurs fait appel à la dimension politique.

CHAPITRE DEUXIÈME – DESIGN INSTITUTIONNEL DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN

2.1. Présentation du cadre institutionnel de l'ALENA

L'architecture institutionnelle de l'ALENA se présente comme suit : la Commission du libre-échange, les comités et groupes de travail, le Secrétariat et les mécanismes de règlement des différends en matière d'interprétation et de mise en œuvre, d'application des droits antidumping et compensateurs et d'investissement. Les accords de coopération dans le domaine de l'environnement et du travail mettent également en place des institutions (Conseil, Secrétariat, Comités consultatifs nationaux, Comité consultatif public mixte dans le cas de la Commission de coopération environnementale). D'autres institutions se sont aussi développées dans le contexte nord-américain, comme la Commission de coopération environnementale frontalière et la Banque de développement nord-américaine. Cependant, dans le cadre de ce mémoire, nous nous attarderons uniquement à la structure institutionnelle créée spécifiquement par le traité de 1994, sans tenir compte des accords de coopération ni des structures qui ont été établies par la suite.

2.1.1. *Commission du libre-échange*

Principale institution mise en place par l'accord, la Commission du libre-échange se résume à la rencontre annuelle des trois ministres du Commerce international des pays membres et toutes ses décisions sont prises par consensus. Son mandat consiste essentiellement à veiller à la mise en œuvre et au développement de l'accord, à régler les différends qui pourraient survenir quant à son application et à son interprétation et à diriger les travaux des différents comités et groupes de travail sectoriels¹. Elle examine toute question pouvant affecter le fonctionnement de l'accord et prend toute autre disposition dont les membres conviendront.

La Commission est une institution minimaliste, qui ne dispose ni de siège social ni de personnel permanent. Trois hauts fonctionnaires, provenant respectivement du ministère du

¹ *Accord de libre-échange nord-américain*, article 2001.

Commerce de chacun des États (les Parties), ont été désignés à titre de « coordonnateurs de l'ALENA », afin d'effectuer la gestion courante du programme de travail de l'ALENA². La fonction de coordonnateur a été proposée par la Commission : elle n'avait pas été prévue au départ par le texte de l'accord. La Commission n'est même pas dotée d'un site Internet, l'information sur ses rencontres se trouvant sur le site Internet du ministère concerné de chaque État³.

Comme le prescrit l'alinéa 5 de l'article 2001, la Commission s'est réunie presque tous les ans depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA, à l'exception des années 1996 et 2005. Ces rencontres ont notamment servi à approuver plusieurs réductions tarifaires accélérées, à résoudre des problèmes techniques qui pouvaient entraver le commerce entre les Parties, à adopter des notes interprétatives de certaines dispositions de l'accord et à approuver l'assouplissement de certaines règles d'origine sur recommandation du groupe de travail correspondant. Dans un souci de transparence de la gestion de l'accord, et probablement en raison des nombreuses contestations liées au chapitre sur l'investissement (chapitre 11), la Commission a convenu, lors de sa rencontre tenue à Washington en juillet 2001, de rendre accessibles au public tous les documents soumis aux tribunaux en vertu de ce chapitre⁴. En 2004, ce sont les ébauches des textes de négociation ayant mené à l'élaboration du chapitre 11 qui ont été rendus publics.

2.1.2. Comités et groupes de travail

Plusieurs comités et groupes de travail sectoriels ont été institués par l'accord ou créés ultérieurement par la Commission. Leur mandat général est d'examiner la mise en œuvre de l'accord dans leur secteur respectif, de se pencher sur diverses questions techniques, d'en rendre compte à la Commission et de lui faire des recommandations. Ces groupes sont toujours constitués de représentants des trois Parties. Le texte de l'accord crée sept comités,

² MCKINNEY, Joseph A. *Created from NAFTA : the structure, function, and significance of the treaty's related institutions*. Armonk, N.Y. : M.E. Sharpe, 2000, p. 27.

³ Pour le Canada, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (www.dfait-maeci.gc.ca); pour les États-Unis, le *Office of the United States Trade Representative* (www.ustr.gov); pour le Mexique, le *Secretaría de Economía* (www.economia.gob.mx).

⁴ Commission du libre-échange de l'ALENA. *Déclaration conjointe – Faire fructifier un partenariat nord-américain*, Washington (D.C.), 31 juillet 2001.

deux comités consultatifs, quatre sous-comités, sept groupes de travail dont deux bilatéraux et un sous-groupe de travail. En 1998, un rapport commandé par la Commission a évalué le mandat, les réalisations et les priorités futures des comités et groupes de travail. Le rapport a démontré que certains groupes avaient été beaucoup plus actifs que d'autres durant les premières années d'existence de l'accord. Mentionnons à cet égard le Comité des mesures normatives (article 913) et le Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires (article 722)⁵. Selon Joseph McKinney, le principal avantage des comités et groupes de travail de l'ALENA est de favoriser la prise en considération des problèmes dès qu'ils surviennent, ce qui permet généralement d'y apporter une solution avant que ceux-ci ne deviennent des problèmes politiques, ce qui les rend par le fait même beaucoup plus complexes à résoudre⁶. Toutefois, à l'exception du Comité des services financiers, aucun autre n'a le pouvoir de résoudre les différends⁷.

D'autres comités ou groupes ont été mis sur pied ultérieurement par la Commission, en fonction des besoins observés. C'est le cas notamment du Comité nord-américain du commerce de l'acier, créé afin de parvenir à une meilleure intégration du marché de l'acier et d'éliminer les distorsions qui subsistent⁸. À l'occasion de ses rencontres annuelles, il arrive régulièrement que la Commission attribue un mandat à un comité ou à un groupe de travail existant. À titre d'exemple, en 2003, elle a enjoint au Comité du commerce des produits de déterminer si l'harmonisation des droits de douane de la nation la plus favorisée pour les trois Parties réduirait les coûts de transaction liés à l'exportation et, ce faisant, favoriserait le commerce⁹.

⁵ MCKINNEY, Joseph, *op. cit.*, pp. 27-8.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ JOHNSON, Jon R. *The North American Free Trade Agreement : a comprehensive guide*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994, p. 485.

⁸ Commission du libre-échange de l'ALENA. *Déclaration conjointe des gouvernements de l'ALENA au sujet de la création, des activités et du premier ordre du jour du comité nord-américain sur le commerce de l'acier*, Montréal, 7 octobre 2003.

⁹ *Id.*, *Déclaration conjointe – Dixième anniversaire de l'ALENA*, Montréal, 7 octobre 2003.

2.1.3. *Secrétariat*

Le Secrétariat de l'ALENA, établi par l'article 2002, est doté de trois sections nationales situées dans la capitale de chacune des Parties. Son mandat est d'appuyer les travaux de la Commission et des différents comités et groupes de travail et de fournir un soutien administratif aux groupes spéciaux institués en vertu des mécanismes de règlement des différends de l'accord au sein de chacun des États membres. Il assume également des fonctions de greffe des procédures des comités et des groupes spéciaux. Il va sans dire que cette structure favorise le développement d'une organisation au service de chacun des pays partenaires au détriment d'une institution au service de l'accord. Lors de sa première rencontre, tenue à Mexico en janvier 1994, la Commission avait convenu de mettre en place un secrétariat coordonnateur, une institution à dimension trinationale, afin d'aider à faciliter la coordination des activités des sections nationales du Secrétariat et d'être dépositaire de la mémoire institutionnelle de l'ALENA. Cet organe devait avoir son siège à Mexico. Toutefois, des problèmes d'ordre financier ont retardé sa mise en place, qui ne s'est finalement jamais concrétisée¹⁰.

2.1.4. *Mécanismes de règlement des différends*

Pour compléter la présentation de la structure institutionnelle, quatre mécanismes de règlement des différends ont été institués par l'accord et présentent une structure un peu plus élaborée.

2.1.4.1. *Chapitre 20 – Interprétation et mise en œuvre de l'accord*

Le premier mécanisme, lié à l'interprétation et à l'application de l'accord, est une procédure qui s'applique uniquement entre les Parties et dont la pratique a prouvé qu'elle était peu contraignante¹¹. Il s'applique lorsqu'un différend survient sur une question d'interprétation ou d'application de l'accord, ou lorsqu'une mesure envisagée ou adoptée

¹⁰ MCKINNEY, Joseph, *op. cit.*, p. 25.

¹¹ *Accord de libre-échange nord-américain*, chapitre 20, section B, articles 2003 à 2019.

par une Partie s'avère incompatible avec les obligations découlant de l'accord. Ce mécanisme est composé de trois étapes et peut prendre fin dès la première étape si on parvient à résoudre le litige. Dans l'ordre, il s'agit de la consultation entre les Parties impliquées, de la convocation de la Commission pour la mise en œuvre d'un processus de bons offices, de conciliation ou de médiation et, le cas échéant, de l'institution d'un groupe spécial arbitral.

Ce groupe spécial arbitral est composé de cinq membres choisis à partir de listes de ressortissants des trois Parties, indépendants de celles-ci, disposant d'une excellente connaissance du droit et du commerce international. Le mandat du groupe spécial est d'examiner la question portée à sa connaissance et d'établir des constatations, de déterminer si la mesure contestée est effectivement incompatible avec l'accord et de faire des recommandations quant au règlement du différend. À la réception du rapport, les Parties sont tenues de s'entendre sur la solution à apporter au litige, qui devrait normalement consister en la non-application ou la levée de la mesure non conforme, ou encore en une compensation. Si la Partie contrevenante n'accepte pas les recommandations du rapport, la Partie contestante pourra suspendre l'application d'avantages dans une mesure équivalente, mais elle n'a pas d'autres recours¹².

Depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA, seulement trois affaires ont fait l'objet d'une contestation devant un groupe spécial institué en vertu du chapitre 20, la dernière s'étant close en 2001. Deux contestations ont émané du Mexique à l'égard de mesures des États-Unis et l'arbitrage a conclu par deux fois que les États-Unis n'avaient pas respecté leurs engagements selon les termes de l'accord; une contestation a également émané des États-Unis à l'égard d'une mesure canadienne et l'arbitrage a donné raison au Canada. À l'heure actuelle, aucun litige n'est en cours devant un groupe spécial institué en vertu du chapitre 20¹³. Il ne faut toutefois pas se méprendre : le faible nombre de litiges pour lesquels on a utilisé en entier la procédure prévue au chapitre 20 ne démontre pas une

¹² JOHNSON, Jon R., *op. cit.*, p. 487.

¹³ Secrétariat de l'ALENA. *Historique des révisions entreprises par les groupes spéciaux en vertu de l'ALENA et de l'ALE* [en ligne], http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=437#cn_ch20c, page consultée le 13 avril 2008.

quasi-absence de contestation liée à la clarté indiscutable de l'accord. Quelques litiges ont été résolus dès le stade des contestations ou grâce à l'intervention des comités et groupes de travail. D'autres ont cheminé jusqu'à la Commission pour y être réglés. Enfin, certains n'ont pas connu de règlement à cette étape, mais des motifs politiques ont empêché le litige de passer à l'étape de l'institution du groupe spécial arbitral¹⁴.

2.1.4.2. Chapitre 19 – Application des droits antidumping et compensateurs

Le mécanisme de règlement des différends concernant l'application de droits antidumping et de mesures compensatoires et relatifs à l'investissement est, pour sa part, beaucoup plus contraignant¹⁵. Il consiste en une procédure de révision de l'application de la législation nationale d'une Partie par un groupe spécial binational (GSB) composé de cinq arbitres provenant de la Partie en cause et de la Partie qui conteste l'application des droits antidumping ou compensateurs.

Le dumping est une pratique commerciale qui consiste à introduire un produit sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à sa valeur normale, c'est-à-dire à un prix inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour le produit similaire destiné à la consommation dans le pays d'exportation¹⁶. Un droit antidumping est imposé à l'entrée des marchandises faisant l'objet de dumping et sert à annuler les avantages de prix découlant du dumping. Un droit compensateur est une mesure prise par un pays importateur, en général sous la forme d'un relèvement des droits, pour neutraliser des subventions accordées à des producteurs ou à des exportateurs dans le pays d'exportation¹⁷. En vertu des accords de l'OMC, les subventions prohibées sont les subventions à l'exportation, qui sont conditionnelles à l'exportation des marchandises subventionnées.

¹⁴ MCKINNEY, Joseph, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁵ *Accord de libre-échange nord-américain*, chapitre 19.

¹⁶ Organisation mondiale du commerce. *Accord sur la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, article 2.1.

¹⁷ Organisation mondiale du commerce, *Glossaire*, [en ligne],

http://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm, page consultée le 22 juillet 2008.

En vertu de ce chapitre, chaque Partie applique sa propre législation, de même que ses propres critères d'examen définis à l'annexe 1911, pour évaluer si une situation donnée entraîne l'imposition de droits antidumping ou compensateurs. Le GSB institué à la demande d'une Partie a alors pour mandat d'évaluer si la législation nationale de la Partie visée par la plainte a été appliquée de façon impartiale par l'organisme d'enquête national en charge et si la décision rendue est juste¹⁸. Le GSB peut maintenir une décision d'application de droits antidumping ou compensateurs ou la renvoyer à l'organisme d'enquête national qui l'a produite en lui demandant de revoir l'application de sa propre législation. Les décisions d'un GSB institué en vertu du chapitre 19 sont contraignantes¹⁹ et les Parties ne sont pas autorisées à faire appel d'une décision d'un GSB devant leurs tribunaux nationaux. Seul le gouvernement d'une Partie impliquée peut demander l'institution d'un GSB. Ce dernier peut le demander de sa propre initiative, mais doit obligatoirement le faire lorsqu'une partie privée au litige l'exige²⁰.

Sous certaines considérations précises et sérieuses, une Partie peut se prévaloir de la procédure de contestation extraordinaire prévue à l'annexe 1904.13 de l'accord. Lorsque le GSB a rendu sa décision, une Partie peut demander la constitution d'un comité de contestation extraordinaire (CCE), composé de trois anciens juges d'une instance de juridiction supérieure, afin d'étudier la décision du GSB. Le CCE détermine s'il confirme la décision du GSB ou s'il exige la formation d'un nouveau GSB. Afin de se prévaloir de la procédure de contestation extraordinaire, une Partie doit faire valoir qu'une faute grave a été commise par le GSB (inconduite d'un membre, écart d'une règle fondamentale de procédure, abus de pouvoir) et que cette faute a influencé la décision du GSB.

La procédure de règlement des différends du chapitre 19 a été utilisée plus d'une centaine de fois depuis 1994. Une quinzaine de litiges sont toujours en instance actuellement. Ce mécanisme n'est pas exempt de critiques, mais il semble tout de même relativement efficace compte tenu du nombre de décisions qui ont fait l'objet d'un renvoi aux

¹⁸ Ces organismes nationaux d'enquête sont : pour le Canada, le Tribunal canadien du commerce extérieur; pour les États-Unis, le *International Trade Commission*; pour le Mexique, le *Secretaría de Comercio y Fomento Industrial*.

¹⁹ *Accord de libre-échange nord-américain*, article 1904.9.

²⁰ *Accord de libre-échange nord-américain*, article 1904.5.

organismes nationaux d'enquête compétents depuis sa mise en oeuvre²¹. Un problème a toutefois été soulevé à propos du double ou triple renvoi pour révision de certaines décisions du GSB par les instances nationales compétentes. Quant à la procédure de contestation extraordinaire, elle a été revendiquée à trois reprises depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA. Ces recours ont tous été intentés par les États-Unis et le CCE a confirmé la décision du GSB dans tous les cas²².

2.1.4.3. Chapitre 11 – Investissement

Le mécanisme relatif au règlement des différends liés à l'investissement oppose quant à lui une Partie à un investisseur d'une autre Partie qui estime avoir subi une perte ou un dommage à la suite du manquement de la Partie à une obligation de l'accord²³. Tout investisseur peut déposer une plainte en son nom propre ou au nom d'une entreprise. Cette procédure n'est pas tirée de l'ALÉ et constitue en fait la première incorporation dans un accord de libre-échange de dispositions permettant à un investisseur étranger d'intenter une poursuite contre le gouvernement du pays hôte en raison d'une de ses lois.

Les Parties au litige sont tenues, dans un premier temps, d'essayer de régler le différend par la consultation et la négociation (article 1118). Si cette étape échoue, l'investisseur peut alors demander que sa plainte soit soumise à l'arbitrage en vertu de l'un des trois mécanismes suivants : la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, le Règlement du mécanisme supplémentaire du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ou les Règles d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) (article 1120). L'investisseur doit remplir certaines conditions préalables, énoncées à l'article 1121, dont celle de renoncer à engager des poursuites devant les tribunaux nationaux.

²¹ Secrétariat de l'ALENA, *op. cit.*

²² *Loc. cit.*

²³ *Accord de libre-échange nord-américain*, chapitre 11, section B.

Le tribunal d'arbitrage établi pour juger la plainte, composé de trois arbitres, doit trancher les points en litige conformément aux règles de droit international et aux dispositions de l'ALENA, y compris les interprétations faites par la Commission d'une disposition ou d'une annexe de cet accord. La sentence finale rendue par le tribunal est contraignante et mène à une compensation financière et/ou à une restitution des biens²⁴. La partie en cause doit s'y conformer sans délai. Advenant le cas où cette dernière refuse de s'y conformer, le litige peut alors devenir un différend entre États qui relève de la procédure du chapitre 20²⁵.

La procédure du chapitre 11 a été utilisée près de trente fois depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA. Plus de la moitié des arbitrages sont toujours en cours à l'heure actuelle²⁶. Contrairement aux mécanismes de règlement des différends des chapitres 19 et 20, le Secrétariat n'est pas impliqué dans la procédure établie en vertu du chapitre 11, si ce n'est pour maintenir un registre des plaintes soumises à l'arbitrage et de certains documents s'y rattachant. Pour cette raison, on a beaucoup reproché à ce chapitre son manque de transparence, puisqu'un gouvernement impliqué pourrait décider de régler un litige en offrant une compensation à un investisseur sans que le public n'en soit dûment informé. Pour remédier à cette situation, la Commission a procédé, en 2001, à l'adoption de notes interprétatives pour le chapitre 11 de l'ALENA en vue d'améliorer l'accès aux documents²⁷. Par ailleurs, le Canada et les États-Unis se sont engagés, en 2003, à tenir des audiences publiques pour tous les cas d'arbitrage relatifs au chapitre 11 auxquels ils prennent part²⁸.

²⁴ *Accord de libre-échange nord-américain*, article 1135.

²⁵ *Accord de libre-échange nord-américain*, article 1136.5.

²⁶ Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. *Règlement des différends – ALENA – Chapitre 11 – Investissement*, [en ligne], <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-fr.asp>, page consultée le 13 avril 2008.

²⁷ Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. « M. Pettigrew se félicite des interprétations adoptées à la réunion de la Commission de l'ALENA au sujet du chapitre 11. » *Communiqué n° 116*, Ottawa, 1^{er} août 2001.

²⁸ Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. « Déclaration conjointe de la Commission de l'ALENA. » *Communiqué n° 152*, Ottawa, 7 octobre 2003.

2.1.4.4. Chapitre 14 – Services financiers

Enfin, le règlement des différends de la section B du chapitre 20 s'applique également, dans une version modifiée par l'article 1414, au règlement des différends dans le secteur des services financiers. La principale différence concerne les membres du groupe spécial arbitral, qui doivent être choisis à partir d'une liste d'experts disposant de connaissances approfondies du secteur financier. En outre, lorsqu'une mesure est déclarée incompatible par un groupe spécial, les suspensions d'avantages doivent s'appliquer en conformité avec l'alinéa 5 de l'article 1414. À ce jour, aucun groupe spécial arbitral n'a été institué en vertu du chapitre 14 de l'ALENA.

2.1.5. Évolution du cadre institutionnel de l'ALÉ à l'ALENA

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'architecture institutionnelle de l'ALENA est calquée sur celle de l'ALÉ. Nous avons convenu de procéder uniquement à l'analyse approfondie du design institutionnel de l'ALENA, que l'on peut en quelque sorte qualifier d'« accord achevé ». Toutefois, comme le chapitre suivant traitera à la fois des négociations de l'ALÉ et de celles de l'ALENA, il importe d'évaluer les changements survenus entre le cadre institutionnel de l'ALENA et celui de son prédécesseur, afin de nous assurer que le niveau de légalisation qui sera déterminé pour l'ALENA sera également applicable à l'ALÉ.

Les principales modifications au cadre institutionnel de l'ALENA par rapport à celui de l'ALÉ concernent les mécanismes spéciaux de règlement des différends. L'ALENA incorpore un mécanisme de règlement des différends contraignant spécifique à l'investissement, s'appliquant entre un État et un investisseur d'un autre État, qui n'était pas prévu sous l'ALÉ. On note également l'ajout de la procédure non contraignante de règlement des différends propre aux services financiers. Ensuite, l'ALENA établit, sur une base permanente, le mécanisme de règlement des différends relatifs aux droits antidumping

et compensateurs qui se voulait temporaire sous l'ALÉ²⁹. Ce faisant, l'ALENA évacue l'obligation de négocier, sur une période de cinq à sept ans, un nouveau régime de réglementation en matière de droits antidumping et compensateurs applicable à la zone de libre-échange.

L'article 1905 constitue une innovation par rapport à l'ALÉ, puisqu'il assure la protection du régime d'examen par des groupes binationaux, afin d'éviter qu'un État n'empêche le bon fonctionnement du chapitre 19 par sa législation. Advenant une telle situation, un comité spécial pourrait être institué afin de procéder à l'examen des dispositions en cause et exiger des modifications à la législation visée. Cette protection supplémentaire établit une procédure de règlement particulière pour ce type de différends, qui évite le recours direct à la procédure prévue au chapitre 20³⁰. Quelques changements mineurs aux règles d'institution des groupes spéciaux ont également été apportés dans le but de renforcer la crédibilité de ceux-ci³¹. La procédure de contestation extraordinaire prévue à l'article 1904.13 de l'ALENA a été précisée puisqu'elle mentionne désormais de manière explicite qu'une décision peut être renversée si le groupe spécial binational n'a pas appliqué les critères d'examen appropriés, comme l'aurait fait un tribunal national par exemple³².

Par ailleurs, des précisions ont été apportées au chapitre 19 pour s'assurer que le Mexique effectue les adaptations nécessaires à ses lois. À cet égard, l'article 1907.3 présente une liste de procédures que les Parties sont encouragées à suivre dans l'application de leur législation nationale sur les droits antidumping et compensateurs. Quant à l'annexe 1904.15, elle propose, pour chaque partie, une liste des modifications législatives

²⁹ LIPSEY, Richard G., Daniel SCHWANEN et Ronald J. WONNACOTT. *The NAFTA : what's in, what's out, what's next*. Toronto : C.D. Howe Institute, 1994, pp. 34-7.

³⁰ JOHNSON, Jon R., *op. cit.*, pp. 538-9.

³¹ LIPSEY, Richard G., Daniel SCHWANEN et Ronald J. WONNACOTT, *op. cit.*, p. 126.

³² HUFBAUER, Gary C. et Jeffrey J. SCHOTT. *NAFTA: An Assessment*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1993, pp. 103-4.

attendues : la liste du Mexique présente des modifications beaucoup plus substantielles, visant à rendre sa législation similaire à celle du Canada et des États-Unis³³.

Enfin, le Secrétariat établi par l'ALÉ principalement pour administrer les disputes en matière de droits antidumping et compensateurs s'est vu investi d'un mandat plus large dans l'ALENA sans toutefois que sa structure ne soit modifiée. Il doit maintenant appuyer le travail de la Commission et apporter un soutien administratif à l'ensemble des groupes spéciaux institués par les différents mécanismes de règlement des différends.

³³ WINHAM, Gilbert R. «Dispute Settlement in NAFTA and the FTA.» dans Steven GLOBERMAN et Michael WALKER (dir.). *Assessing NAFTA : A Trinational Analysis*. Vancouver, B.C. : The Fraser Institute, 1993, pp. 266-9.

2.2. Analyse de l'ALENA en fonction des variables

Dans la définition du cadre opératoire, il a été établi que le design institutionnel d'un accord pouvait être défini en fonction des variables *obligation*, *précision* et *délégation*. La combinaison de ces variables auxquelles on attribue une valeur, faible, modérée ou élevée, détermine son niveau de légalisation. La présente section propose une analyse de l'ALENA en fonction de chacune des variables, afin de définir le niveau de légalisation du design institutionnel de l'accord.

2.2.1. *Obligation*

Afin de qualifier le niveau de la variable obligation, une analyse du style de rédaction de l'accord s'impose. À ce sujet, on peut observer les libellés des articles, le type de verbes utilisés, les temps et les modes des verbes, le choix du vocabulaire, etc. Les chapitres 3 et 4, qui concernent respectivement l'accès aux marchés pour les produits et les règles d'origine, constituent de bons exemples du niveau d'obligation de l'ensemble de l'accord. Les articles de ces chapitres sont, en grande majorité, élaborés sous forme d'obligations contractuelles, que ce soit pour déterminer les conditions pour l'admission d'un produit ou pour que celui-ci puisse être considéré comme étant originaire de la zone ALENA.

Certains libellés reviennent régulièrement, principalement dans le chapitre 3 : « chacune des Parties fera en sorte que... », « chacune des Parties accordera... », « chacune des Parties exigera... ». C'est le cas des articles 301.1, 305, 306. Encore plus fréquentes sont les formes négatives suivantes : « sous réserve de l'annexe X, aucune des Parties ne pourra... », « nonobstant l'article X, aucune des Parties ne pourra... » ou « sauf disposition contraire du présent accord, aucune des Parties ne pourra... ». On les retrouve notamment aux articles 302.1; 303.1; 304.1 et 2; 305.2, 3 et 5; 307.1 et 2; 309.1; 314.1; et 401. Par contre, ce libellé a plutôt tendance à diminuer le niveau d'obligation lorsqu'il est employé sous sa forme positive, « sous réserve de l'annexe X, une Partie pourra... », comme c'est le cas à l'article 315.1, puisqu'il introduit une réserve à l'accord.

Ces formulations sont utilisées dans le chapitre 4. Toutefois, on peut également conclure à un niveau élevé d'obligation par le style directif dans lequel est rédigé une majorité d'articles. Ceux-ci définissent les modalités d'application des règles d'origine, en présentant leurs limites, leurs conditions et leurs restrictions. En règle générale, les Parties ne sont pas directement mentionnées, comme c'est le cas dans le chapitre précédent; le vocabulaire utilisé réfère plutôt directement aux produits. Quant aux verbes, conjugués à l'indicatif au présent ou au futur, ils contribuent à accentuer le style direct et, par conséquent, le niveau d'obligation.

À l'instar des chapitres 3 et 4, plusieurs autres chapitres de l'accord présentent les caractéristiques correspondant à un niveau élevé d'obligation. C'est le cas des chapitres 5, 8, 10, 12, 13, 14, 15 et 18³⁴. S'ajoutent à cette liste les annexes de la section A du chapitre 7, qui regroupent les accords bilatéraux entre les Parties concernant l'agriculture. Dans une majorité d'articles de ces chapitres, les libellés présentés précédemment sont utilisés, les verbes sont conjugués au mode indicatif présent ou futur et le style est directif. À titre d'exemple, voici quelques-uns des verbes utilisés dans le chapitre 10 : *accordera*, *(ne) pourra*, *fera en sorte* (au sens obligatoire), *devra*, *autorisera*, *appliquera*, *adoptera*, *maintiendra*, *fournira*, *désignera*. Le style associé à l'utilisation de ces verbes est généralement directif.

La quasi-totalité des articles du chapitre 5, traitant des procédures douanières, utilise les libellés-types du chapitre 3. Quant au chapitre 8, et plus particulièrement sa principale annexe, il est rédigé dans un genre fort semblable à celui du chapitre 4. Les conditions et les restrictions à l'utilisation des mesures d'urgence sont définies dans un style directif qui laisse peu de place à l'interprétation. Enfin, les chapitres 12, 13, 14, 15 et 18 peuvent être qualifiés de « standards » quant à leur niveau d'obligation par rapport au reste de l'accord. Une majorité d'articles de chacun de ces chapitres démontre un degré élevé d'obligation, alors qu'un ou deux articles font exception en présentant un niveau modéré. Il s'agit

³⁴ Ces chapitres se rapportent respectivement aux procédures douanières (chapitre 5), aux mesures d'urgence (chapitre 8), aux marchés publics (chapitre 10), au commerce transfrontières des services (chapitre 12), aux télécommunications (chapitre 13), aux services financiers (chapitre 14), à la concurrence et aux monopoles et entreprises d'État (chapitre 15) et à la publication, la notification et l'application des lois (chapitre 18).

généralement des articles portant sur les réserves (articles 1206, 1409, 1410) ou de ceux qui énoncent des principes directeurs, qui débute généralement par le libellé « *les Parties reconnaissent que...* » (articles 1308, 1403 et 1501).

Dans une majorité de chapitres, le titre d'un ou de quelques articles réfère à un niveau élevé d'obligation. Certains titres utilisent directement le mot « obligation » : *Obligations relatives aux importations* (article 502) et *aux exportations* (article 504); *Obligations internationales* (article 702); *Droits et obligations fondamentaux* (articles 712 et 904); *Obligations générales* (article 1602); et *Nature et portée des obligations* (articles 1701). D'autres réfèrent aux notions de restriction et d'interdiction : *Restrictions quant aux programmes de drawback et de report des droits* (article 303); *Restrictions à l'importation et à l'exportation* (articles 309 et 603); *Opérations non admissibles* (article 412); et *Interdiction des compensations* (article 1006). Ces articles ont en commun d'imposer des obligations formelles aux Parties. Ce ne sont pas les seuls, mais ceux-ci sont clairement identifiés par leur titre. L'article 1207 fait exception puisque son titre, *Restrictions quantitatives*, ne fait pas référence à une restriction imposée aux Parties à l'accord, mais plutôt à certaines restrictions que les Parties sont autorisées à conserver.

Par ailleurs, on remarque que la section B du chapitre 7, qui porte sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), et le chapitre 9, qui porte sur les mesures normatives, ont été rédigés dans un style qui se rapproche plus du principe directeur que de l'obligation contractuelle. Les sujets couverts se prêtent à l'utilisation d'un niveau d'obligation modéré, puisqu'on y définit une série de directives devant guider l'élaboration de mesures SPS ou normatives. Ces chapitres s'appuient sur les normes internationales reconnues pour baliser les actions des Parties, sans toutefois imposer lesdites mesures de façon uniforme pour toutes les Parties à l'accord. Le style est toutefois plus ferme qu'une simple invitation à se fier aux critères internationaux pour l'élaboration de ses mesures nationales. L'obligation formelle est cependant employée aux articles 712.6 et 904.4 pour empêcher une Partie d'utiliser une mesure normative comme restriction déguisée au commerce.

Cet adoucissement du niveau d'obligation est très apparent dans la section portant sur les mesures SPS et, dans une moindre mesure, dans le chapitre 9. On le remarque par l'utilisation du conditionnel³⁵, surtout présente dans le chapitre 7, de même que par les verbes employés : *s'efforcer*, *accepter chaque fois que possible*, *prendre les mesures nécessaires à sa disposition*, *tenir compte*, *faire en sorte*, *faciliter*, etc. Le chapitre sur les mesures SPS se caractérise également par une grande utilisation du verbe *pouvoir*, alors qu'on remarque une alternance de l'utilisation des verbes *pouvoir* et *devoir* dans le chapitre sur les mesures normatives.

La différence entre le niveau d'obligation de ces deux chapitres, qui se rapportent tous deux à des mesures normatives, peut être expliquée en se référant aux accords correspondants de l'OMC. En effet, alors que *l'Accord du GATT sur les obstacles techniques au commerce* était déjà en vigueur au moment de la négociation de l'ALENA et se retrouve cité à son article 903, l'accord sur les mesures SPS était à ce même moment en cours de rédaction à l'OMC. C'est donc en quelque sorte le brouillon de l'accord SPS de l'OMC qui a servi de base à la section équivalente de l'ALENA.

Pour des raisons différentes, les chapitres 6 et 16 présentent aussi un niveau d'obligation plus faible que le reste de l'accord. La principale raison qui diminue le niveau d'obligation du chapitre 6, portant sur les produits énergétiques et pétrochimiques de base, est l'exemption presque complète du Mexique des clauses de ce chapitre³⁶. La plupart des annexes de ce chapitre présentent les réserves du Mexique, ce qui en diminue l'obligation, bien que celle-ci demeure relativement élevée pour les autres Parties, notamment pour le Canada qui dispose de ressources énergétiques importantes. Par ailleurs, les articles 601.2 et 3, 603.2 et 606 débutent tous par l'expression « les Parties reconnaissent que... », ce qui contribue à amoindrir le niveau d'obligation.

À l'inverse des autres chapitres de l'accord, le chapitre 16, qui traite de l'admission temporaire des hommes et des femmes d'affaires, est contraignant pour les nationaux d'une

³⁵ Voir notamment les articles 714.4; 717.1h) et j); 723.2 et 4; et 907.2.

³⁶ Les motifs justifiant cette exemption seront exposés au chapitre suivant.

Partie qui voudraient s'établir dans une autre Partie. L'esprit du chapitre 16 est de protéger le marché de l'emploi dans chacune des Parties et non pas d'obliger une Partie à ouvrir son marché du travail aux ressortissants des partenaires. Pour cette raison, le niveau d'obligation de ce chapitre est relativement faible.

Comme nous venons de l'exposer avec les chapitres 6, 9 et 16, de même qu'avec la section B du chapitre 7, le niveau d'obligation n'est pas uniforme dans l'ensemble de l'accord. Cette remarque s'applique également à certains articles pourtant issus des chapitres dont le niveau d'obligation a été déterminé comme étant élevé. C'est le cas notamment de l'article 317.1, par lequel « les Parties confirment l'importance de la coopération quant aux mesures visées ... » ou de l'article 414.1 qui établit que les « Parties se consulteront régulièrement pour faire en sorte que l'application du présent chapitre soit efficace, uniforme et compatible avec l'esprit et les objectifs du présent accord ... ». Dans le chapitre sur l'agriculture, les articles 704 et 705, qui traitent respectivement des mesures de soutien interne et des subventions à l'exportation, relèvent plutôt du principe directeur que de l'obligation formelle. Dans ce cas précis, la sensibilité des sujets abordés peut justifier l'utilisation d'un niveau faible d'obligation.

En ce qui concerne les éléments de l'accord qui ont été laissés pour négociations ultérieures, force est de constater que la formulation des articles visés tient de la recommandation et que l'obligation de résultats est faible. Les termes utilisés dans ces articles spécifiques sont relativement vagues. À titre d'exemples, on parle de « libéraliser davantage [les] systèmes respectifs de passation des marchés publics » (article 1024), « de déterminer la possibilité de libéraliser davantage le commerce des services de télécommunication » (article 1309) ou de « formuler des recommandations sur les travaux supplémentaires qui pourront être appropriés » (article 1504). Quant aux échéances déterminées, elles renvoient à l'engagement d'entreprendre des consultations et non à une obligation de parvenir à de nouvelles concessions³⁷. L'article 1309 ne mentionne même pas d'échéance pour débiter les consultations dans le secteur des télécommunications.

³⁷ C'est le cas des articles 1024; 1207.4; 1404.4; 1413.6; 1504; et de l'Annexe 300-A, par. 2.

Pour clore cette section, sans toutefois vouloir empiéter sur la portion de l'analyse dédiée à la variable *délégation*, il est nécessaire de s'arrêter un instant sur le niveau d'obligation attribué aux mécanismes de règlement des différends de l'accord. Si les deux premières étapes du mécanisme du chapitre 20, soit la consultation et la médiation/conciliation devant la Commission, comportent un niveau de délégation relativement faible, celui-ci est rehaussé par la troisième étape, l'institution d'un groupe spécial arbitral. La procédure est énoncée dans le style directif caractéristique de l'accord. Toutefois, le niveau d'obligation diminue à nouveau dans la portion traitant de l'application de la décision du groupe d'arbitrage (articles 2018 et 2019) en raison notamment de l'utilisation dans ces deux articles d'expressions telles que « les Parties contestantes *s'entendront* sur la solution du différend, laquelle devra *normalement* être conforme... », « *chaque fois que cela sera possible*, la solution sera... » et « une Partie plaignante *devrait d'abord* chercher à ... ». Le fait qu'il ne soit pas spécifié que les décisions sont contraignantes confirme le niveau relativement faible d'obligation de ce mécanisme de règlement des différends.

Dans son ensemble, le mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs du chapitre 19 dispose d'un niveau élevé d'obligation. La procédure d'examen des déterminations finales des Parties par un GSB, définie à l'article 1904, est particulièrement contraignante pour les Parties, tout comme la procédure de contestation extraordinaire prévue à l'annexe 1904.13. De même, il est établi, sans ambiguïté, que les décisions du GSB auront force obligatoire. Le GSB n'a toutefois pas l'autorité de modifier la décision d'un organisme d'enquête national ou d'amender une mesure d'une Partie jugée incompatible avec l'accord, ce qui laisse présumer que le niveau d'obligation de ce mécanisme aurait pu être plus élevé.

Enfin, le chapitre 11, portant sur l'investissement et sur le mécanisme de règlement des différends qui lui est propre, est sans contredit le chapitre de l'accord présentant le niveau d'obligation le plus élevé. Toutes les dispositions sont rédigées dans un style contraignant, dirigé principalement vers les Parties dans l'objectif de ne pas nuire aux investisseurs potentiels. À l'endroit des investisseurs, les expressions « chacune des Parties accordera... » et « aucune des Parties ne pourra imposer/obliger... » sont employées de

façon récurrente. Les investisseurs doivent également rencontrer plusieurs critères afin qu'une plainte soit reçue, c'est-à-dire en prouvant que la Partie a manqué à une obligation du chapitre. L'article 1108 est particulier : il se rapporte aux réserves et exceptions que peuvent maintenir les Parties afin de soustraire certains secteurs à l'investissement étranger. Ce type d'article contribue généralement à faire diminuer le niveau d'obligation d'un chapitre. Toutefois, cet article précise que, pour être maintenues, les mesures discriminatoires devront être inscrites dans une liste; celles-ci pourront être modifiées uniquement dans l'objectif de les libéraliser davantage, et non dans le but de les rendre plus restrictives. Bien que certains secteurs échappent à cette règle, l'article conserve néanmoins un niveau fort élevé d'obligation. Cependant, l'article 1112 diminue légèrement ce niveau en précisant qu'en cas d'incompatibilité entre le chapitre 11 et un autre chapitre, l'autre chapitre l'emportera.

Le mécanisme de règlement des différends de ce chapitre s'inscrit dans le même esprit. À l'exception de l'article 1118, qui établit une étape de consultation non contraignante avant d'engager la procédure d'arbitrage, les articles 1120 à 1136 présentent un niveau d'obligation fort élevé, tout particulièrement les articles 1135 et 1136 qui imposent des sanctions pour non respect des dispositions de l'accord, notamment une compensation financière et qui précisent que la sentence rendue a force obligatoire.

En résumé, nous pouvons conclure que le niveau général d'obligation de l'accord est élevé. Les quelques chapitres qui font exception, exposés dans la présente section, évoquent des raisons bien spécifiques au contexte particulier de cet accord trilatéral pour justifier un niveau d'obligation faible ou modéré. Par ailleurs, les articles dont le niveau d'obligation est plus faible que le reste du chapitre auquel ils appartiennent démontrent que le niveau d'obligation de l'accord aurait pu être encore plus élevé. Pour l'auteur Frederick M. Abbott, le niveau d'obligation de l'ALENA, reflété par la transposition des engagements pris par les Parties en obligations contractuelles, constitue un signal clair que les États parties à

l'accord sont disposés à remplir leurs engagements, ce qui contribue à assurer la réciprocité dans la mise en œuvre et, par conséquent, à créer un environnement prévisible³⁸.

2.2.2. Précision

Le degré élevé de précision ne fait aucun doute à l'étude du texte de l'ALENA. Avant même d'en entreprendre un examen détaillé, deux éléments sont frappants dans la forme même de l'accord. Tout d'abord, la présence de nombreuses définitions témoigne d'un fort souci de précision. En plus du chapitre 2 de l'accord, entièrement composé de définitions d'ordre général visant une meilleure compréhension du texte, tous les chapitres, à l'exception des chapitres 1, 20 et 22, consacrent un article aux définitions des termes spécifiques à leur section. Le chapitre 2 propose en plus une annexe contenant des définitions propres à chaque pays, tout comme les annexes 805, 1505, 1608, 1911, de même que l'appendice 10.1 de l'Annexe 300-B. Dans l'ensemble, plus de 300 définitions réparties dans le texte de l'accord visent à éliminer toute ambiguïté quant à la définition des termes et des expressions utilisés³⁹.

En second lieu, il importe de mentionner l'importance des annexes qui, comme l'indique l'article 2201, font partie intégrante du texte de l'ALENA. Elles se retrouvent à la fin de tous les chapitres, à l'exception des chapitres 5, 7, 18 et 22. Ces annexes apportent des précisions supplémentaires à l'article auquel elles se rapportent ou posent des réserves et des exceptions pour une Partie à l'accord. À titre d'exemple, les annexes contenues dans le chapitre 3 précisent presque tous les articles de ce chapitre, en plus d'intégrer deux accords en soi, spécifiques aux secteurs de l'automobile et des produits textiles et vêtements.

En outre, la seconde moitié du texte de l'accord est presque entièrement consacrée aux annexes, en particulier à l'Annexe 401 qui occupe 177 pages. Celle-ci définit de manière extrêmement détaillée les règles d'origine spécifiques des produits, en précisant pour

³⁸ ABBOTT, Frederick M. «NAFTA and the legalization of world politics: a case study.» *International Organization*, vol 54(3), 2000, p. 533.

³⁹ BERNIER, Ivan et Martin ROY. «NAFTA and Mercosur : Two Competing Models?» dans Gordon MACE, Louis BÉLANGER & al. (dir.) *The Americas in transition : the contours of regionalism*. Boulder, Colo. : Lynne Rienner, 1999, p. 72.

chacun le changement de classification tarifaire qu'il doit subir afin de pouvoir être considéré comme un produit originaire du territoire d'une Partie. Les annexes I à VII, qui complètent l'accord, constituent des réserves et exceptions pour les chapitres sur l'investissement, le commerce transfrontière des services et les services financiers. Chaque État membre de l'ALENA y définit notamment ses réserves aux mesures existantes et aux mesures ultérieures, de même que ses engagements de libéralisation. La rigueur avec laquelle ont été établies les annexes de l'accord témoigne d'un niveau de précision fort élevé.

Un autre élément qui signale ce niveau élevé de précision dans l'ALENA est la présence, au début de plusieurs chapitres⁴⁰, d'un article intitulé « Portée et champ d'application ». Cet article énonce, comme son nom l'indique, ce qui est couvert par le chapitre en question. Le niveau de précision de ces articles diffère d'un chapitre à l'autre. À titre d'exemple, l'article 602 est rédigé dans un style très détaillé et fait référence à des positions et sous-positions spécifiques de la classification tarifaire de l'Annexe 401. Dans le cas de l'article 1001, ce sont les annexes complexes du chapitre 10, portant sur les marchés publics, qui font office de référence pour définir la portée du chapitre. Par contre, les articles 301, 701, 709, 901 sont rédigés dans un style beaucoup moins détaillé. Les articles 1201 et 1301 précisent quant à eux ce à quoi leur chapitre ne s'applique pas. Néanmoins, sans égard au style dans lequel a été rédigé chacun de ces articles, on peut affirmer que leur présence au début de ces chapitres spécifiques contribue à rehausser le niveau de précision de l'accord.

En plus de ces considérations qui se rapportent à l'ensemble de l'ALENA, tous les chapitres regorgent d'exemples démontrant un niveau élevé de précision. Le chapitre 4 portant sur les règles d'origine est extrêmement détaillé. Bien que les règles établies pour déterminer si un produit est originaire d'un pays de la zone ALENA soient complexes, elles

⁴⁰ Il s'agit des chapitres 3 (Traitement national et accès aux marchés pour les produits), 6 (Produits énergétiques et produits pétrochimiques de base), 7 (Section A – Agriculture et Section B – Mesures sanitaires et phytosanitaires), 9 (Mesures normatives), 10 (Marchés publics), 11 (Investissement), 12 (Commerce transfrontières des produits), 13 (Télécommunications) et 14 (Services financiers). Le chapitre 17 (Propriété intellectuelle) débute quant à lui par un article intitulé « Nature et portée des obligations ».

n'en demeurent pas moins claires, précises et exhaustives. Que l'on s'attarde à la définition des produits originaires (article 401), à la présentation des méthodes de calcul de la teneur en valeur régionale d'un produit (article 402) ou aux précisions additionnelles pour déterminer si un produit est originaire en diverses circonstances (articles 403 à 412), les règles adoptées contribuent à rendre l'environnement économique prévisible en raison de leur haut niveau de précision.

Le chapitre suivant, qui vise à normaliser les procédures douanières des signataires de l'ALENA afin d'uniformiser l'application des règles d'origine, révèle également un niveau élevé de précision. La section B du chapitre 5, portant sur l'administration et l'application des procédures douanières, détaille avec précision la manière de gérer les registres, en donnant des directives sur la conservation des certificats d'origine et en indiquant les informations requises (achat, coût, valeur, paiement, etc.), de même que la procédure pour effectuer les vérifications d'origine. L'article 509 de la section suivante détaille, quant à lui, de façon exhaustive les décisions anticipées.

Pour terminer l'illustration de ce propos, voici un certain nombre d'exemples d'articles et d'annexes issus de chapitres variés qui présentent un niveau élevé de précision. Les articles du chapitre 8 définissent de façon rigoureuse les circonstances dans lesquelles il est justifié d'établir des mesures d'urgence et les conditions à l'application de la procédure pouvant mener à l'instauration de mesures d'urgence. L'annexe 803.3 définit d'ailleurs avec moult détails le déroulement de ladite procédure. Les articles 908 et 909, traitant de l'évaluation de la conformité des mesures normatives et de leur notification, leur publication et de l'information, donnent des directives fort détaillées pour la mise en œuvre de ces éléments. Le chapitre 10 dans son ensemble, y compris les quelque cinquante pages d'annexes qui s'y rattachent, constitue un bel exemple d'un niveau élevé de précision dans sa définition des procédures de passation des marchés publics.

Autre exemple, l'article 1106 du chapitre sur l'investissement énumère les prescriptions de résultats qui ne sont pas autorisées. Le cinquième paragraphe de l'article précise que les prescriptions visées sont uniquement celles qui sont mentionnées aux paragraphes 1 à 3. Le

sixième paragraphe, quant à lui, restreint légèrement la portée de l'article en apportant certaines précisions sur les mesures autorisées et en établissant que celles-ci ne doivent en aucun cas constituer une restriction déguisée au commerce. Enfin, en plus de l'article 1802 qui traite de la publication des lois, règlements et autres procédures administratives des Parties, de nombreux articles viennent préciser la question de la publication pour certains chapitres spécifiques. C'est le cas notamment des articles 718, 803, 909, 1019, 1306 et 1601.

L'article 603, dans le chapitre portant sur les produits énergétiques et pétrochimiques de base, est un exemple intéressant pour illustrer l'interaction entre le niveau d'obligation et le niveau de précision. L'article en question, qui pose les restrictions à l'importation et à l'exportation, manifeste un niveau relativement élevé d'obligation. Toutefois, le dernier paragraphe renvoie à l'annexe 603.6 qui énumère une série d'exceptions à l'article 603 pour le Mexique. Le niveau de précision élevé de cette annexe contribue à amoindrir le niveau d'obligation de l'article étudié. Ce cas est loin d'être unique dans l'ALENA. Autre exemple, l'article 1109 est construit selon le même modèle. Cet article comporte un niveau élevé d'obligation pour les Parties en matière de transferts à un investisseur d'une autre Partie. Toutefois, les paragraphes 4 à 6 apportent un certain nombre de précisions qui restreignent quelque peu le niveau d'obligation de cet article.

Il serait faux de prétendre que le niveau de précision est élevé pour l'ensemble du texte de l'accord. Certains articles ont été rédigés dans un style plus ou moins vague. Par exemple, l'article 315.2, établit que « les Parties *coopéreront* en vue de maintenir et d'élaborer des *contrôles efficaces* sur l'exportation de leurs produits respectifs [...] ». Le choix des termes identifiés en caractère italique révèle un faible niveau de précision. Les paragraphes de l'article 1309 sur la coopération et les consultations dans le secteur des télécommunications sont rédigés dans un style semblable : « [...]les Parties *coopéreront* à l'échange d'information[...] », « Les Parties *se consulteront* afin de déterminer la *possibilité* de libéraliser *davantage* [...] ». Sans vouloir avancer que les seuls articles de l'accord auxquels est associé un niveau de précision faible ou modéré sont les articles traitant de la

coopération future et des négociations ultérieures, on peut toutefois affirmer que cette caractéristique est plus fréquemment observable pour ces articles spécifiques.

Selon Frederick M. Abbott, le haut degré de précision qui caractérise l'ALENA recoupe cinq objectifs : 1) réduire les coûts potentiels des négociations postérieures à la conclusion de l'accord ; 2) rendre l'environnement prévisible et réduire les risques pour la conduite des affaires ; 3) encadrer les comportements stratégiques des États parties ; 4) guider les bureaucraties gouvernementales dans l'administration de l'accord ; et 5) accroître la transparence⁴¹. Il résume ainsi le degré de précision de l'ALENA :

As a general proposition, increasing the level of detail in a written agreement should result in reducing ambiguity or uncertainty concerning its meaning, unless the drafters deliberately set out to create uncertainty. The precise terms of NAFTA appear designed to clarify rather than obscure its meaning. This can be objectively demonstrated by generally accepted sentence structure, use of terms common to the field of international trade, and the incorporation of definitions in cases in which ambiguity might otherwise be substantial. [...] Although no legal text is without ambiguity, it appears reasonable to conclude that the meticulous drafting of NAFTA accomplishes the objective of clarifying the obligations of its parties⁴².

Enfin, mentionnons que le niveau élevé de précision de l'ALENA est semblable à celui que l'on retrouve dans l'ALÉ. L'inclusion du Mexique n'est donc pas à l'origine de cet objectif de précision poursuivi par les négociateurs.

Il est intéressant de s'arrêter un instant sur les propos que tient Lloyd Gruber à propos de la variable *précision*. Dans sa définition des institutions supranationales, ce dernier fait une distinction importante en ce qui a trait à la précision⁴³. La définition de Gruber dégage deux caractéristiques principales. Dans un premier temps, le contenu des dispositions d'un accord conclu entre deux ou plusieurs États est généralement plus ouvert à l'interprétation que d'autres accords ou contrats qui ne relèvent pas de la sphère internationale. Ceci dénote un niveau de précision faible ou modéré.

⁴¹ ABBOTT, Frederick M., *op. cit.*, pp. 523-4.

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ GRUBER, Lloyd. *Ruling the World – Power politics and the rise of supranational institutions*. Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 2000, pp. 61-2.

À l'inverse, tout ce qui touche les questions de procédure est d'ordinaire prévu avec une grande précision par les négociateurs, de façon à ce que la mise en œuvre des dispositions ne soit pas laissée à l'interprétation d'un membre. En d'autres termes, le contenu peut être flou, mais la procédure pour interpréter ce contenu se doit d'être précise. Ainsi, lorsqu'ils adhèrent à une institution internationale, les membres consentent à mettre en application une procédure qui leur permettra d'interpréter le contenu parfois imprécis des dispositions en fonction des cas spécifiques et des situations imprévues qui se présenteront.

On constate que l'analyse de Gruber ne peut se confirmer dans le cas de l'ALENA. Il est vrai que les diverses procédures que l'on retrouve dans l'accord ont été rédigées de façon à laisser le moins de place possible à l'interprétation. Toutefois, dans une majorité de chapitres, le contenu présente également un niveau élevé de précision. Pour illustrer ce propos, rappelons notamment le haut niveau de précision déterminé par l'analyse des chapitres 4 et 5. Le chapitre 8 est également un bon exemple permettant de corroborer cette affirmation puisque les mesures d'urgences bilatérales et globales y sont définies de façon détaillée, tout comme la procédure pouvant mener à leur application.

2.2.3. Délégation

Comme nous l'avons vu précédemment, la variable *délégation* comporte deux aspects : d'une part, les pouvoirs conférés à une tierce partie pour mettre en œuvre et faire évoluer l'accord, d'autre part, l'autorité consentie aux mécanismes de règlement des différends. L'ALENA incorpore ces deux aspects, qui ont été présentés en détail dans le présent chapitre. Nous nous attacherons maintenant à définir le niveau de délégation de ces institutions et mécanismes de règlement des différends.

Débutons par les institutions proprement dites de l'ALENA, qui se répartissent en trois catégories : la Commission du libre-échange, les comités et groupes de travail et le Secrétariat. On remarque que ces institutions ont essentiellement une fonction de régulation et de supervision de l'accord. On ne leur a pas délégué de réels pouvoirs pour élaborer des dispositions supplémentaires, encore moins pour créer de nouvelles institutions. Lorsque la

Commission se réunit, les trois Parties sont représentées par un représentant ministériel et les décisions sont prises par consensus, ce qui témoigne d'une absence de délégation. Les décisions prises lors de ces rencontres ne peuvent donc être perçues comme une autorité consentie à une tierce partie. Le mandat attribué à la Commission accentue ce constat puisqu'il demeure fort restreint. À titre d'exemple, la Commission a le mandat d'*étudier* toute question pouvant affecter le fonctionnement de l'accord, et non celui d'*agir*⁴⁴. Quant au Secrétariat de l'ALENA, divisé en sections nationales, il joue principalement un rôle d'appui administratif auprès des États parties à l'accord. Sa structure même n'est pas favorable à une délégation d'autorité.

La Commission dispose du pouvoir de créer de nouveaux comités ou groupes de travail au besoin, mais ceux-ci peuvent tout au plus faire des recommandations à la Commission dans un secteur donné. En examinant les mandats attribués aux comités et aux groupes prévus par l'accord, on constate qu'ils se résument à des activités de coopération technique et administrative dans un secteur donné, de consultation, de surveillance et de recommandation. Le niveau de délégation de ces organes est également très faible. Frederick M. Abbott corrobore cette vision et relève, en outre, l'absence d'un organe parlementaire ou d'un organe judiciaire permanent, amplifiant ainsi l'absence de délégation consentie à l'ALENA à travers ses institutions⁴⁵.

Les comités et groupes de travail sectoriels établis par l'accord sont tous composés de représentants de chacune des Parties à l'accord, qui sont généralement des fonctionnaires disposant d'une expertise particulière dans le domaine visé par l'organe. Il est à noter que le langage utilisé dans le texte de l'accord a la forme générale suivante : « Les Parties établissent le Comité X, composé de représentants de chacune des Parties. » Cette formulation sous-entend que si un autre État devenait partie à l'accord en vertu de l'article 2204, ce dernier serait également représenté dans tous les comités et groupes de travail établis. Le niveau de délégation n'en serait donc pas renforcé.

⁴⁴ ABBOTT, Frederick M. *Law and policy of regional integration: the NAFTA and western hemispheric integration in the World Trade Organization system*. Boston : M. Nijhoff Publishers, 1995, p. 28.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 29.

Certaines dispositions de l'ALENA traitent des modifications à l'accord et des négociations futures. En règle générale, les modifications proposées au texte sont gérées par l'article 2202, qui précisent que les Parties pourront convenir de modifications à l'accord et que celles-ci devront être approuvées par chacune des Parties conformément à leur procédure juridique propre avant d'être intégrées au texte. Les articles 414 et 1022, de même que la section 7 de l'annexe 300-B, établissent des règles pour des modifications spécifiques à certains éléments de l'accord, notamment aux listes des pays contenues dans l'accord. Avant d'effectuer une modification aux éléments mentionnés ci-haut, les Parties doivent tenir des consultations entre elles. En ce qui concerne les éléments de l'accord soumis à des négociations ultérieures et dont il a déjà été question aux sections sur l'obligation et sur la précision, mentionnons simplement que le développement ultérieur de l'accord n'est pas délégué à une entité de l'accord, à l'exception de certains comités ou groupes de travail qui peuvent être appelés à faire des recommandations sur les travaux appropriés à réaliser. Cette étape demeure entièrement à la charge de toutes les Parties à l'accord. Ainsi, aucune de ces pratiques, tant pour les modifications que pour les négociations futures, ne rehausse le niveau de délégation consentie aux institutions de l'ALENA.

Enfin, les institutions de l'ALENA ne disposent pas d'une personnalité juridique internationale comme c'est le cas pour d'autres institutions internationales, notamment l'Union européenne. Elles n'ont pas le pouvoir de négocier ou de devenir Parties à un traité en leur nom propre⁴⁶. Par ailleurs, l'ALENA ne pose aucune obligation à la définition d'une politique extérieure commune en matière de commerce : chaque Partie conserve sa pleine souveraineté sur la définition de sa politique commerciale dans la mesure où celle-ci respecte les termes de l'accord⁴⁷.

Évaluons maintenant le niveau de délégation des mécanismes de règlement des différends de l'ALENA relatifs à l'application et à l'interprétation de l'accord (chapitre 20), aux droits antidumping et compensateurs (chapitre 19) et à l'investissement (chapitre 11). Le premier

⁴⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁷ *Loc. cit.*

mécanisme (chapitre 20) comporte trois étapes. Les deux premières étapes, qui se résument en la consultation et la médiation, comportent un niveau de délégation très faible. Par contre, la troisième étape présente un niveau de délégation légèrement supérieur, en raison du recours à l'établissement d'un groupe spécial arbitral. Celui-ci est composé de cinq membres, ce qui signifie que l'une ou l'autre des Parties en cause doit accepter qu'un nombre minoritaire de ses ressortissants compose le groupe spécial et soit appelé à statuer sur le conflit.

Cependant, le groupe spécial ne dispose que d'un pouvoir de recommandation. Le fait que ce soit aux Parties en cause de s'entendre sur la solution à apporter au problème après réception des conclusions du groupe spécial arbitral, conserve la délégation liée à ce mécanisme à un niveau faible.

En revanche, le mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs du chapitre 19 contribue à rehausser significativement le niveau de délégation de l'accord. Le principe même sur lequel est fondé ce chapitre est propice à la délégation puisqu'il suppose qu'une Partie accepte que l'application qu'elle fait de sa propre législation soit révisée par un GSB. Tout comme pour le groupe institué en vertu du chapitre 20, ce groupe est constitué d'un nombre impair de représentants issus des deux Parties impliquées dans le litige. Dans les faits, le consentement des Parties à cette procédure constitue une atteinte à leur souveraineté puisque celles-ci autorisent des représentants d'un autre État à porter un jugement, non pas sur leur législation proprement dite, mais sur la façon dont elle a été appliquée.

Comme l'indique explicitement l'article 1904.9, les décisions du GSB ont force obligatoire : bien que le GSB ne puisse modifier lui-même la décision rendue par l'organisme d'enquête national qui l'a émise, le renvoi autorisé en vertu de la procédure du chapitre 19 exige de la Partie en cause qu'elle revoie et modifie sa décision, sans possibilité de faire appel de la décision du GSB devant ses tribunaux nationaux. Les Parties à l'ALENA ont donc consenti à un fort niveau de délégation en intégrant cette procédure dans l'accord.

L'article 1905 mérite que l'on s'y attarde quelques instants. Celui-ci définit une protection du régime d'examen par des groupes spéciaux, afin d'éviter qu'une Partie ne contourne ce mécanisme de règlement des différends en intégrant dans sa législation des éléments à cette fin. Ce rempart supplémentaire, rédigé dans un style qui dénote un fort souci de précision, conforte le niveau élevé de délégation de ce chapitre.

Le dernier mécanisme de règlement des différends, qui s'applique en cas de conflits liés à l'investissement, présente une configuration fort intéressante en ce qui a trait à la délégation. La première étape de cette procédure se résume à la consultation et à la négociation et, comme dans le cas du mécanisme du chapitre 20, reflète un niveau de délégation faible. Toutefois, la seconde étape, l'institution d'un tribunal d'arbitrage, composé de trois arbitres, rehausse fortement le niveau de délégation accordé à cette procédure. En effet, les décisions de ce tribunal sont contraignantes et peuvent mener à une compensation financière, c'est-à-dire au paiement par un État, à même ses fonds publics, d'un dédommagement à un investisseur étranger, ce qui indique un niveau de délégation très élevé. Celui-ci se trouve toutefois diminué par l'article 1136.5, qui prévoit, en cas de non respect de la sentence finale du tribunal d'arbitrage par une Partie, un recours à la procédure du chapitre 20.

Comme l'explique Louis Bélanger, les mécanismes de règlement des différends de l'ALENA demeurent « des mécanismes de délégation juridique et non de gouvernance politique⁴⁸ ». Les mécanismes contraignants des chapitres 11 et 19 laissent très peu de place à la médiation politique : le chapitre 19 ne prévoit même pas d'étape de consultation avant l'institution du GSB et le chapitre 11 autorise un investisseur privé à demander la constitution d'un GSB sans que cette requête ne reçoive le consentement de son gouvernement⁴⁹. Les mécanismes de délégation politique sont donc absents de l'accord.

⁴⁸ BÉLANGER, Louis. « Vers une communauté nord-américaine? Asymétrie et institutions communes au sein de l'ALENA. » dans Martine AZUELOS, Maria Eugenia COSIO-ZAVALA et Jean-Michel LACROIX (dir.). *Intégration dans les Amériques : dix ans d'ALENA*. Paris : Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, p. 94.

⁴⁹ *Loc. cit.*

En résumé, la Commission du libre-échange, les comités et groupes de travail et le Secrétariat de l'ALENA présentent un degré de délégation faible sinon inexistant dans les fonctions et pouvoirs qui leur sont conférés; la procédure de règlement des différends prévue au chapitre 20 présente également un degré de délégation faible; les mécanismes de règlement des différends spécifiques aux chapitres 11 et 19 présentent tous deux un niveau de délégation élevé. En considérant la combinaison des différents éléments étudiés, nous pouvons donc conclure que l'ALENA présente un niveau global modéré de délégation.

Abbott relève le fait que l'ALENA comporte plusieurs procédures distinctes pour le règlement des différends, ce qui contribue à renforcer la démonstration d'un niveau global modéré de délégation. En effet, bien que deux des trois procédures présentent un niveau élevé de délégation, leur utilisation est limitée aux litiges précis pour lesquels ils ont été conçus. La procédure générale du chapitre 20 s'applique au reste des différends.

2.3. Design institutionnel de l'ALENA

L'analyse de l'ALENA en fonction des variables dépendantes nous permet de déduire le design institutionnel suivant : un degré élevé d'obligation, qui se perçoit dans les nombreuses dispositions contraignantes pour les partenaires, un degré élevé de précision, qui s'explique par le caractère fort détaillé de ses textes, et un degré modéré de délégation, qui se traduit par le pouvoir restreint des institutions à assurer le développement et l'évolution de l'accord, compensé toutefois par l'autorité déléguée aux mécanismes de règlement des différends des chapitres 11 et 19. Le niveau de légalisation représenté par la combinaison (O↑, P↑, D-) correspond au *design 4* du tableau de classification des niveaux de légalisation contraignants, soit un niveau de légalisation modéré.

Bien qu'on accorde une valeur identique à la variable *obligation* et à la variable *précision*, l'analyse a démontré que le niveau de ces deux variables n'était pas tout à fait équivalent. En effet, alors que le niveau de précision est très élevé et ce, de manière relativement constante, le niveau d'obligation s'avère variable. Une majorité de dispositions présentent un haut niveau d'obligation, ce qui justifie l'utilisation du degré « élevé » au lieu de

« modéré ». Cette observation démontre néanmoins une limite du cadre opératoire : le nombre restreint d'indicateurs empêche des comparaisons plus subtiles. En contrepartie, la présence d'un grand nombre d'indicateurs aurait certes rendue l'analyse plus subjective.

Il est intéressant de noter quelques interactions entre les variables. En premier lieu, on remarque que la valeur accordée à l'obligation et à la délégation concorde pour chacun des mécanismes de règlement des différends. Ainsi, les mécanismes contraignants des chapitres 11 et 19 sont également ceux pour lesquels la délégation est élevée. De même, les éléments laissés pour négociations ultérieures présentent un faible niveau d'obligation, de précision et de délégation. Les niveaux d'obligation et de précision se trouvent tous deux affaiblis par l'utilisation d'un vocabulaire vague et imprécis. La faiblesse du niveau de délégation est due aux procédures établies pour ces négociations. On peut donc conclure que ce qui a été prévu dans l'accord a été solidement construit afin de laisser le moins de place possible à l'interprétation. À l'opposé, ce qui n'a pas été prévu relève davantage de la suggestion. Les éléments laissés pour négociations ultérieures ne sont pas rédigés de façon à permettre une évolution du texte de l'accord. Cette affirmation est partagée par les auteurs Bernier et Roy qui suggèrent que la rédaction d'un accord est un bon indicateur de l'évolution de celui-ci : plus un accord est rédigé de manière complète et détaillée, moins il lui sera possible d'évoluer⁵⁰.

Enfin, soulignons l'interaction observée entre les variables *obligation* et *précision*. Les nombreux exemples analysés établissent une constance entre les niveaux de ces deux variables : le niveau élevé d'obligation est généralement conforté par un niveau élevé (parfois même très élevé) de précision. Toutefois, le haut niveau de précision est également utilisé pour amoindrir le niveau d'obligation de certaines dispositions. Cette méthode est principalement utilisée pour indiquer, de façon détaillée, des réserves et des exceptions à une disposition contraignante pour les Parties.

Notre analyse du texte de l'ALENA en fonction des variables retenues concorde avec le design institutionnel déterminé par l'analyse de Abbott, mais diffère sur un aspect de l'analyse réalisée par Mace et Bélanger. Ces auteurs accordent une valeur faible à la

⁵⁰ BERNIER, Ivan et Martin ROY, *op. cit.*, p. 71.

variable *délégation*. Ils expliquent cette divergence d'interprétation par le fait qu'ils considèrent le cadre institutionnel dans son ensemble, alors que Abbott accorde une plus grande importance aux mécanismes de règlement des différends⁵¹. Pour notre part, nous avons estimé que les mécanismes de règlement des différends particuliers des chapitres 11 et 19 présentaient un niveau de délégation suffisamment élevé pour compenser le faible niveau de délégation du mécanisme du chapitre 20 et des institutions proprement dites. C'est également la conclusion de McCall Smith qui a qualifié de modéré le niveau de légalisation des mécanismes de règlement des différends de l'ALENA⁵².

Cette variation peut également être attribuable à la limite du cadre opératoire relevée précédemment. Les indicateurs retenus couvrent chacun un intervalle qui pourrait être divisé en indicateurs plus précis. Ainsi, l'indicateur « modéré » pourrait être divisé en valeurs intermédiaires (modéré faible, modéré moyen, modéré élevé). Cette nouvelle division pourrait éventuellement nous amener à associer à la variable *délégation* la valeur « modéré faible », puisque nous avons convenu que le niveau de cette variable résultait d'une moyenne entre les niveaux attribués aux institutions proprement dites et aux mécanismes de règlement des différends et qu'un plus grand nombre d'éléments tend vers un niveau faible de délégation. Dans les faits, cette modification du cadre opératoire nous rapprocherait de la valeur attribuée à cette même variable par les auteurs Mace et Bélanger. L'objectivité du cadre opératoire en serait toutefois érodée.

Pour les fins de la seconde portion de l'analyse, qui portera sur les préférences de chaque Partie pour un niveau de légalisation, nous attribuerons le même niveau de légalisation à l'ALÉ qu'à l'ALENA (*design 4*). Les niveaux d'obligation et de précision de l'ALÉ et de l'ALENA sont similaires. Quant à la délégation, on pourrait avancer que l'incorporation d'une procédure distincte pour le règlement des différends en matière d'investissement rehausse le niveau de légalisation de l'ALENA par rapport à celui de l'ALÉ. Toutefois, la

⁵¹ MACE, Gordon et Louis BÉLANGER. «What institutional design for North America?» dans Sidney WEINTRAUB, Alan M. RUGMAN & Gavin BOYD (dir.). *Free trade in the Americas: economic and political issues for governments and firms*. Cheltenham, UK et Northampton, MA, USA : Edward Elgar Publishing, 2004, p. 112 et Frederick M. ABBOTT (2000), *op. cit.*, pp. 537-9.

⁵² MCCALL SMITH, James. «The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts.» *International Organization*, vol. 54 (1), 2000, pp. 156-7.

procédure du chapitre 11 demeure sujette à la procédure générale non contraignante du chapitre 20, contrairement au mécanisme contraignant binational du chapitre 19 qui lui, était déjà présent sous l'ALÉ. La présence du mécanisme du chapitre 19 dans l'ALÉ justifie que le niveau de délégation de cet accord ne soit pas diminué de *modéré* à *faible*. Le nombre limité d'indicateurs ne nous permet donc pas de procéder à une comparaison plus fine entre le niveau de légalisation de l'ALÉ et de son successeur. Ces observations confortent notre idée qu'une analyse distincte du cadre institutionnel de l'ALÉ n'est pas essentielle dans le cadre de notre étude.

Cette première portion de l'analyse nous place d'ores et déjà en contradiction avec notre hypothèse. En effet, nous avons établi, à partir du modèle théorique, que l'État puissant préfère un niveau de légalisation faible (*design 7 à 9*) et que le compromis est généralement davantage fonction des préférences de l'État puissant. Toutefois, notre analyse révèle un niveau de légalisation (*design 4*) qui se rapproche davantage des préférences normalement attribuées à l'État faible (*design 1 à 3*).

Le design institutionnel établi par le texte de l'ALENA présente une forte légalisation. Selon Abbott, l'usage du *hard law* dans l'élaboration d'accords économiques internationaux, représenté par cette combinaison des degrés affectés à chaque composante, se trouve privilégié puisqu'il rend l'environnement commercial prévisible et transparent, en réduisant la marge de manœuvre discrétionnaire des États, tout en permettant d'atteindre les objectifs poursuivis par l'établissement de cet accord⁵³. La combinaison des niveaux élevés de précision et d'obligation, associée au fait que l'ALENA est un accord fort complet en soi, justifie l'absence d'institutions régionales dotées de pouvoirs visant à faire évoluer l'accord⁵⁴. Ainsi, comme le mentionnent les auteurs Mace et Bélanger : « *Precision has been preferred over delegation. This approach would explain the relative efficiency of the agreement despite the absence of strong community institutions: they can be avoided because it is the institutional framework itself which acts as a blueprint for member governments and, in so doing, steers the process forward.* »⁵⁵.

⁵³ ABBOTT, Frederick M., *op. cit.*, p. 520.

⁵⁴ MACE, Gordon et Louis BÉLANGER, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 112.

CHAPITRE TROISIÈME – PRÉFÉRENCES DES ÉTATS PARTIES À L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE CANADA – ÉTATS-UNIS ET À L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN POUR UN DESIGN INSTITUTIONNEL

En raison de leur dimension horizontale, les institutions sont rarement abordées de façon systématique dans les écrits sur les négociations, comme peuvent l'être les enjeux sectoriels. Cet aspect n'en demeure pas moins fondamental puisqu'il permet de maintenir dans le temps les engagements pris par les Parties pour chacun des enjeux sectoriels. La négociation du cadre institutionnel de l'ALÉ et de l'ALENA est peu documentée en comparaison des différents enjeux de contenu de ces accords. À la lecture des principaux auteurs qui ont reconstitué les négociations de l'ALÉ et de l'ALENA, on constate que les institutions proprement dites de ces accords (Commission du libre-échange, secrétariat, comités et groupes de travail) ne semblent pas avoir fait l'objet d'un débat majeur. Toutefois, les mécanismes de règlement des différends, tout particulièrement celui régissant l'application de droits antidumping et compensateurs, ont fait l'objet d'âpres discussions ; au moment des négociations de l'ALÉ, cette question a failli faire avorter les négociations.

Le présent chapitre propose une analyse des préférences en matière de design institutionnel des États engagés dans les négociations de l'ALÉ et de l'ALENA, afin de déterminer le niveau de légalisation souhaité par chacune des Parties au moment des négociations. Les préférences sont ensuite comparées au résultat obtenu à la conclusion des négociations, résultat défini au chapitre précédent. S'il ne nous apparaissait pas nécessaire d'analyser distinctement le design institutionnel de l'ALÉ, il en va autrement de la période de négociations qui a conduit à l'élaboration de ce premier accord entre le Canada et les États-Unis. En effet, c'est à ce moment que se sont forgées les préférences de ces États en matière de design institutionnel, préférences qui se sont ensuite confirmées pendant la négociation de l'ALENA. Il est donc fondamental de procéder à des analyses séparées des négociations de l'ALÉ et de l'ALENA. Omettre l'étude de l'élaboration du cadre institutionnel de l'ALÉ mènerait certainement à une analyse incomplète.

3.1. Négociations de l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis

3.1.1. *Mise en contexte*

La décision de négocier un accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis est issue de la rencontre tenue à Québec en mars 1985 entre le Premier ministre du Canada Brian Mulroney et le Président des États-Unis Ronald Reagan. Dans l'objectif d'« établir un climat de prévisibilité et de confiance plus grandes », les chefs de gouvernement se sont alors entendus pour « accorder la plus haute priorité à la recherche de moyens mutuellement acceptables de réduire et d'éliminer les barrières commerciales existantes de façon à maintenir et à faciliter le flux des échanges et des investissements¹ ». À cette fin, ils ont chargé leur ministre respectif du Commerce de se pencher sur la question.

À l'issue de nombreuses consultations privées et publiques auprès des principaux acteurs nationaux (associations commerciales nationales, syndicats, gouvernements provinciaux, etc.) et après avoir mené plusieurs sondages d'opinion auprès de la population, dans l'objectif de bâtir un large consensus national sur cette question, le ministre canadien du Commerce extérieur a fait une recommandation favorable à la négociation d'un accord de libre-échange². Le gouvernement canadien a officiellement proposé aux États-Unis la négociation d'un accord de libre-échange le 1^{er} octobre 1985. Le rapport du représentant américain au Commerce abondait dans le même sens³. L'acceptation officielle des États-Unis n'est toutefois venue qu'au printemps 1986, lorsque le Congrès américain a

¹ *Déclaration du Premier ministre du Canada et du Président des États-Unis concernant le commerce des biens et des services*, Québec, le 18 mars 1985.

² KELLEHER, James F. « Rapport du ministre du Commerce extérieur James Kelleher au Premier ministre. », 17 septembre 1985, reproduit dans Ministère des Affaires extérieures. *Négociations commerciales canadiennes : Introduction, documents de base, bibliographie*. Ottawa: Approvisionnements et Services Canada, 1986, pp. 75-9.

³ YEUTTER, Clayton. « Rapport du représentant au Commerce des États-Unis, Clayton Yeutter, au Président concernant le commerce bilatéral. », 17 septembre 1985, reproduit dans Ministère des Affaires extérieures, *op. cit.*, pp. 81-3.

approuvé la procédure d'autorisation accélérée (*Trade Promotion Authority* mieux connue sous le nom de *fast track*) pour cette négociation⁴.

Les négociations se sont étendues de mai 1986 à octobre 1987⁵. Dès le début, la grande majorité des sujets couverts par l'ALÉ, et ensuite par l'ALENA, ont été considérés. Deux objectifs primaient dans cette négociation : l'application abusive des recours commerciaux prévus par les lois des États-Unis en matière de droits antidumping et compensateurs et les règles régissant l'investissement au Canada. En ce qui a trait aux institutions, il était envisagé l'établissement d'un tout nouveau cadre institutionnel pour superviser les opérations de l'accord et pour arbitrer et résoudre les différends entre les Parties ou avec d'autres gouvernements, des entreprises ou des individus⁶.

L'attitude avec laquelle les deux pays ont entrepris cette négociation est révélatrice à la fois du contexte d'asymétrie dans lequel elle s'est déroulée et des différences majeures entre les processus décisionnels des deux pays. Le premier ministre canadien a mis son gouvernement en jeu sur la réussite de cet accord et, à cet effet, a mis en place une équipe solide de négociateurs disposant d'un accès direct au Cabinet et au Premier ministre. La consultation s'est faite de manière horizontale parmi tous les secteurs concernés, mais la prise de décision y était centralisée, permettant ainsi d'établir une stratégie concertée. Les États-Unis ont adopté une attitude fort différente, privilégiant une démarche décentralisée, laissant à chaque département ou agence spécialisée la responsabilité de la négociation dans son secteur respectif. Les négociateurs désignés se trouvaient éloignés des centres

⁴ Tout accord commercial international doit être approuvé par le Congrès des États-Unis. Par l'entremise de la *Trade Promotion Authority*, le Congrès s'engage à approuver ou à rejeter en bloc un accord négocié, sans pouvoir y apporter d'amendements, en suivant un processus accéléré. Sans constituer une condition essentielle à la négociation d'un accord de libre-échange, le président pouvant en théorie mener une négociation sans avoir obtenu au préalable la *Trade Promotion Authority*, l'octroi de cette procédure garantit aux partenaires qu'ils n'auront pas à « renégocier » avec le Congrès l'accord obtenu avec l'administration américaine.

⁵ La procédure d'autorisation accélérée alloue une période de temps déterminée pour conclure la négociation. Dans le cas de la négociation de l'ALÉ, l'échéance était le 4 octobre 1987.

⁶ RITCHIE, Gordon. *Wrestling with the elephant : the inside story of the Canada-US trade wars*. Toronto : Macfarlane Walter & Ross, 1997, p. 76.

décisionnels, disposaient de peu de moyens et, à plusieurs reprises, ont semblé ne pas détenir l'autorité nécessaire pour accorder les concessions demandées par le Canada⁷.

Les auteurs Doern et Tomlin nuancent cette affirmation. Ils considèrent que l'attitude des États-Unis relève de l'intransigeance et serait surtout attribuable au rapport de force dans lequel ceux-ci se trouvent face au Canada. Le Canada est demandeur dans cette négociation et c'est la partie qui a le plus à gagner et le moins à offrir. Les États-Unis ont donc choisi de le laisser présenter ses demandes et ses offres et cheminer seul sur le plan des concessions avant de se prononcer et d'en exiger davantage de la part de son partenaire⁸.

Ces attitudes contrastantes ont mené à des stratégies de négociation fort différentes⁹, le Canada privilégiant une approche globale, définissant des principes généraux et traduisant par la suite ces principes en objectifs de négociations précis et spécifiques. Les États-Unis ont préféré une approche sectorielle, basée sur la résolution des irritants entravant la relation commerciale entre les deux pays (bois d'œuvre, médicaments génériques, tarifs postaux des magazines, certains secteurs des services, etc.)¹⁰. Cette approche visait à obtenir

⁷ *Ibid.*, pp. 69 et 77-8. Cette opinion est soutenue également par Max Baucus, sénateur du Montana et membre du Comité des finances, dans le cadre d'une conférence organisée conjointement par l'Institut de recherche sur les politiques publiques et la *Brookings Institution* à Washington, D.C. le 3 février 1987. BAUCUS, Max. «A Congressional Perception.» dans Edward R. FRIED, Frank STONE et Philip H. TREZISE. *Building a Canadian-American Free Trade Area*. Washington : Brookings Institution ; Ottawa. Institute for research on public policy, 1987, p. 20.

⁸ DOERN, Bruce et Brian TOMLIN. *Faith and Fear : The Free Trade Story*. Toronto: Stoddard, 1991, pp. 161-2.

⁹ HART, Michael. *Decision at Midnight: Inside the Canada – U.S. Free Trade Negotiations*. Vancouver, B.C.: UBC Press, 1994, pp. 371-2.

¹⁰ Le déroulement de la première rencontre de négociations, tenue les 21 et 22 mai 1986 à Ottawa, constitue un bel exemple de cette dynamique. L'équipe canadienne a consacré la première rencontre à définir sa conception d'un accord de libre-échange étendu et complet, alors que l'équipe américaine a exposé une liste de problèmes spécifiques entravant la relation commerciale qu'elle tenait à aborder durant la négociation. *Ibid.*, p. 160.

un consensus le plus large possible autour de l'accord, afin que celui-ci reçoive l'approbation du Congrès¹¹.

Le Canada a déploré à plusieurs reprises le fait que les États-Unis ne semblaient accorder aucune importance à cette négociation. Le Secrétaire d'État américain au Commerce de l'époque, Clayton Yeutter, a démenti cette impression, suggérant même que trop d'attention avait été donnée par moment à cette négociation, alors que d'autres dossiers revêtaient une aussi grande importance, confortant ainsi l'idée que le Canada était clairement demandeur dans cette négociation: « [...] *although this was a big deal in both countries, it was a really big deal in Canada as you know, whereas in the U.S. we had a lot of other things on our table at the time*¹². »

3.1.2. *Préférences du Canada*

Comme il a été établi que la structure institutionnelle d'un accord dépend des objectifs qui sous-tendent la négociation, les objectifs poursuivis par le Canada devraient donner quelques indications sur ses préférences en matière de design institutionnel. Dès 1985, dans son rapport recommandant la négociation d'un accord de libre-échange avec les États-Unis, le ministre Kelleher définit ces objectifs et exprime notamment la nécessité « de protéger et d'amplifier [l']accès au marché américain en établissant de meilleures règles pour la conduite [des] opérations commerciales¹³ ». Parmi les principales préoccupations

¹¹ Cette attitude est bien illustrée par la négociation sur les subventions, qui constituent pourtant un enjeu majeur pour les États-Unis. L'équipe américaine a présenté une liste des programmes canadiens qui devraient être abandonnés, alors que le Canada s'est engagé à faire des concessions majeures dans la mesure où seraient négociées des règles claires, acceptées et appliquées de façon bilatérale. Toutefois, les États-Unis n'étaient pas disposés à restreindre leurs propres subventions selon les mêmes termes. Ces règles n'ont donc pas été incluses dans l'accord. Voir HART, Michael, *op. cit.*, p. 269 et le commentaire de Simon Reisman, à l'occasion d'une conférence de l'Institut de recherche sur les politiques publiques tenue à Toronto les 28 et 29 octobre 1987, et reproduit dans SMITH, Murray G. et Frank STONE (dir.). *Assessing the Canada – U.S. Free Trade Agreement*. Halifax, N.S. : Institute for Research on Public Policy, 1987, pp. 112-5.

¹² Propos tirés des actes de la conférence *Free Trade @ ten*, tenue à Montréal, les 4 et 5 juin 1999 et reproduits dans MACDONALD, L. Ian (dir.). *Free trade : risks and rewards*. Montreal : Published for the McGill Institute for the Study of Canada by McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 75-6.

¹³ KELLEHER, James F. « Rapport du ministre du Commerce extérieur James Kelleher au Premier ministre. », 17 septembre 1985, reproduit dans Ministère des Affaires extérieures, *op. cit.* pp. 75-9.

mentionnées, quatre réfèrent aux recours commerciaux imposés sur les importations américaines :

- La façon dont l'accès des firmes canadiennes au marché américain peut être bloqué par des recours commerciaux;
- La facilité avec laquelle les importations en provenance du Canada sont touchées par l'application de mesures qui visent d'autres pays;
- La menace permanente de voir les règles du jeu être modifiées unilatéralement en tout temps;
- L'insuffisance des mécanismes en place pour résoudre les différends¹⁴.

Dans la définition de la position canadienne, cet objectif s'est traduit ainsi : « l'accès garanti [au marché américain], notamment par la réduction des risques inhérents au système américain de protection en cas d'urgence et aux pouvoirs dont dispose le Congrès américain de proposer et d'appliquer des modifications législatives destinées à limiter les importations¹⁵ ».

Les lois d'application des droits antidumping et compensateurs sont similaires au Canada et aux États-Unis. Leur application s'avérait toutefois beaucoup plus draconienne chez ces derniers et paraissait souvent arbitraire. De plus, le Canada était fréquemment victime de ces recours commerciaux puisque plusieurs entreprises canadiennes étaient en mesure de faire compétition aux entreprises américaines sur leur propre marché. Pour le Canada, il était impensable de parvenir à la conclusion d'un accord de libre-échange où les biens entreraient en franchise de droits simplement pour voir celui-ci bafoué à la première occasion par l'application unilatérale et injustifiée de droits antidumping ou compensateurs¹⁶. Le Canada ne cherchait d'aucune façon à être exempté de l'application des droits antidumping et compensateurs, mais souhaitait la mise en place d'un nouveau régime bilatéral d'application de ces droits, ainsi qu'un mécanisme de règlement des

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 25.

¹⁶ RITCHIE, Gordon, *op. cit.*, p. 98.

différents suffisamment contraignants pour protéger le Canada des décisions unilatérales américaines sur ce qui constitue ou non du dumping ou du subventionnement¹⁷.

Dès le lancement des négociations, la position canadienne a été limpide sur cet enjeu : le point de rupture de la négociation résidait dans la question des recours commerciaux. Aucun accord ne pourrait être conclu sans la définition de nouvelles règles sur l'utilisation des recours commerciaux ou à tout le moins, l'inclusion de moyens contraignants et impartiaux pour juger de leur utilisation. Cette position a été réitérée à plusieurs reprises par les principaux responsables politiques et administratifs, notamment par le négociateur en chef pour le Canada, Simon Reisman¹⁸, et par la ministre du Commerce international, Pat Carney¹⁹. Le Premier ministre Mulroney a répété cette condition au Président Reagan à l'occasion de deux rencontres tenues au printemps 1987, suggérant même, à l'occasion de la seconde rencontre, de mettre fin à la négociation si les États-Unis se voyaient dans l'impossibilité d'acquiescer aux demandes canadiennes²⁰.

La position détaillée du Canada sur le design institutionnel est exposée par Michael Hart, telle qu'elle fut présentée à l'équipe américaine lors d'une séance de négociation tenue à Washington du 16 au 18 décembre 1986. Le Canada recherche la mise en place d'un cadre institutionnel et d'une procédure de règlement des différends basée sur des règles et non sur

¹⁷ Propos tenus par John H. McDermid, secrétaire parlementaire canadien au Commerce international, dans le cadre de la conférence organisée conjointement par l'Institut de recherche sur les politiques publiques et la *Brookings Institution* à Washington, D.C. le 3 février 1987. John H. MCDERMID. «Negotiating an Acceptable Agreement.» dans FRIED, Edward R., Frank STONE et Philip H. TREZISE, *op. cit.*, pp. 132-3. Voir également le commentaire de Simon Reisman à l'occasion d'une conférence du même institut tenue à Toronto les 28 et 29 octobre 1987 et reproduit dans SMITH, Murray G. et Frank STONE (dir.), *op. cit.*, pp. 112-115 ; et les propos de Robert Layton, député de la Chambre des communes, à l'occasion d'une conférence organisée par l'Université McGill tenue à Montréal les 18 et 19 mars 1987; LAYTON, Robert. «Why Canada Needs Free Trade.» dans A.R. RIGGS et Tom VELK (dir.). *Canadian – American Free Trade: Historical, Political and Economic Dimensions*. Conference paper. The Institute for Research on Public Policy, 1987, pp. 230-1.

¹⁸ Selon les propos rapportés par HART, Michael, *op. cit.*, et par RITCHIE, Gordon, *op. cit.*, Simon Reisman a régulièrement exprimé cette position au cours des rencontres de négociation. Il a également répété cette position à l'occasion de la conférence *Free Trade @ ten*, tenue à Montréal, les 4 et 5 juin 1999 et reproduite dans MACDONALD, L. Ian (dir.), *op. cit.*, pp. 79-81.

¹⁹ La ministre canadienne du Commerce international a tenu ses propos dans le cadre du débat général tenu à la Chambre des communes le 16 mars 1987 et reproduits dans *Débats de la Chambre des communes : Hansard*, vol. 129(87), 2^e session, 33^e législature, 16 mars 1987, pp. 4177-81.

²⁰ Ces rencontres ont eu lieu à Shamrock Tree, les 6 et 7 avril 1987 et en marge du Sommet des pays occidentaux industrialisés à Venise en juin de la même année.

le pouvoir économique, visant à instaurer un environnement prévisible et sécuritaire. Cette procédure doit nécessairement aboutir à des décisions contraignantes et le cas échéant, imposer des mesures correctives. Le mécanisme de règlement des différends doit être en mesure de considérer tous les types de disputes pouvant survenir entre les Parties. Les décisions devraient être rendues par un tribunal permanent ou par des groupes d'arbitrage indépendants disposant de l'autorité nécessaire pour rendre des décisions contraignantes. Enfin, le cadre institutionnel doit obligatoirement respecter la souveraineté des deux gouvernements, ce qui suppose que la supervision de l'accord ne serait pas déléguée à une tierce Partie, mais effectuée par une entité bilatérale au niveau ministériel²¹.

Lors d'une rencontre subséquente tenue au Lac Meech du 18 au 20 mai 1987, le Canada a maintenu sa position : l'accord doit établir des règles claires et faciles à interpréter pour régir la relation commerciale entre les deux pays et les deux gouvernements doivent renoncer à l'interprétation unilatérale des règles en cas de différends pour déléguer cette autorité à un mécanisme d'arbitrage contraignant²².

La position canadienne sur le design institutionnel reflète les inquiétudes d'un petit pays confronté à un contexte asymétrique, qui cherche à atténuer les disparités de pouvoir entre les partenaires tout en limitant les atteintes à sa souveraineté nationale. Il est régulièrement fait mention de la préoccupation de fonder la relation commerciale avec son partenaire sur des règles claires et contraignantes, afin que soient respectés les engagements pris et les concessions obtenues²³. La nécessité de mettre en place des mécanismes de règlement des différends contraignants et bilatéraux est également exposée à plusieurs reprises. En contrepartie, le recours à des institutions détenant une autorité politique ne semble pas avoir fait partie des préférences canadiennes.

²¹ HART, Michael, *op. cit.*, pp: 207-10.

²² *Ibid.*, pp. 248-50.

²³ Voir à cet effet HART, Michael, *op. cit.*, pp. 207-8 et John H. MCDERMID. «Negotiating an Acceptable Agreement.» dans Edward R. FRIED, Frank STONE et Philip H. TREZISE, *op. cit.*, pp. 132. Également, lors du débat général à la Chambre des communes le 16 mars 1987, la ministre du Commerce international Pat Carney, le président du Conseil du Trésor Robert de Cotret et le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social Jake Epp ont tous tenu des propos à cet effet, reproduits dans *Débats de la Chambre des communes : Hansard, op. cit.*, pp. 4177-231.

Le niveau de légalisation désiré apparaît donc relativement élevé. Le niveau d'obligation recherché est clairement élevé. Le niveau de précision souhaité semble également élevé, à en juger par le texte préliminaire proposé par l'équipe canadienne en août 1987, qui comprenait 83 articles et 35 annexes et notes explicatives, totalisant 179 pages, et présentant les droits et obligations des Parties de façon précise et détaillée, incluant des procédures de mise en œuvre et d'administration²⁴.

Quant au niveau de délégation, les préférences du Canada tendent vers un haut niveau de délégation judiciaire (mécanisme général de règlement des différends bilatéral, indépendant et contraignant) qui n'est toutefois pas conforté par la recherche d'un niveau similaire de délégation politique (pas de délégation d'autorité à une institution pour élaborer de nouvelles règles). Sur la question de l'application des droits antidumping et compensatoires, le premier choix du Canada réside dans la définition d'un nouveau régime pour l'application des recours commerciaux ou, en second lieu, en l'instauration d'une procédure de règlement bilatérale et contraignante. On peut donc conclure qu'un niveau de délégation modéré était recherché par le Canada. Le niveau de légalisation souhaité par le Canada, représenté par la combinaison (O↑, P↑, D-), correspond au *design 4* de notre tableau de classification.

3.1.3. Préférences des États-Unis

Les objectifs américains dans cette négociation confortent l'idée que les États-Unis recherchaient avant tout des solutions à différents problèmes entravant la relation avec leur principal partenaire commercial²⁵. Le rapport produit par le représentant au Commerce Clayton Yeutter en septembre 1985 expose non pas des objectifs généraux pour guider la négociation mais une série de récriminations en provenance du secteur privé et du Congrès concernant les tarifs canadiens élevés, les obstacles aux investissements, les règlements

²⁴ HART, Michael, *op. cit.*, p. 275.

²⁵ En 1985, le Canada recevait environ le cinquième des exportations américaines.

fédéral et provinciaux qui entravent le commerce des services et surtout, les programmes gouvernementaux de subventions²⁶.

La position des États-Unis sur le cadre institutionnel semble avoir été construite en opposition à la position canadienne, après que le Canada eût exposé celle-ci à plusieurs reprises. Malgré le fait que l'Administration américaine ait été informée des attentes du Canada dès le début des négociations, elle a été très réticente à faire connaître sa vision. Les négociateurs ou responsables américains se sont généralement contentés d'écouter les demandes canadiennes sans faire de commentaires²⁷. Ils ont également refusé de mettre en place un groupe de travail sur la question des recours commerciaux au cours de la première année de discussions²⁸.

L'énonciation claire de la position américaine sur le cadre institutionnel n'est venue qu'après que le Président Reagan en ait pris l'engagement auprès du Premier ministre Mulroney en juin 1987, à trois mois de l'échéance prévue par la procédure d'autorisation accélérée. Cette position, aussitôt rejetée par le Canada, se résume en deux points : la réglementation de l'octroi de subventions en conservant le droit à l'imposition unilatérale de droits compensateurs (qui sous-entend que, dans la mesure où le Canada réglemente et restreint ses subventions, les États-Unis n'appliqueront pas de droits compensateurs) et une procédure de règlement des différends contraignante applicable uniquement à certains enjeux déterminés au préalable ou si cela est souhaité ainsi par les deux Parties à l'accord. Pour l'ensemble des autres cas, le différend serait soumis à un groupe spécial pour recommandation²⁹. À la suggestion du Canada de remplacer les lois sur les recours commerciaux par des lois sur la concurrence, les États-Unis ont répliqué en proposant de mettre sur pied un programme de travail mixte afin d'étudier cette question sur un horizon de dix ans.

²⁶ YEUTTER, Clayton. « Rapport du représentant au Commerce des États-Unis, Clayton Yeutter, au Président concernant le commerce bilatéral. », 17 septembre 1985, reproduit dans Ministère des Affaires extérieures, *op. cit.*, pp. 81-3.

²⁷ Voir notamment la réponse évasive de Clayton Yeutter sur cet enjeu à l'occasion de la conférence tenue à Washington, D.C. le 3 février 1987. Propos reproduits dans FRIED, Edward R., Frank STONE et Philip H. TREZISE, *op. cit.*, pp. 200-1 et 208-9.

²⁸ Voir HART, Michael, *op. cit.*, pp. 172 et 185.

²⁹ *Ibid.*, p. 260.

Les négociateurs américains ont utilisé à quelques reprises l'argument selon lequel certaines concessions étaient impossibles, parce que le Congrès des États-Unis n'accepterait tout simplement pas de ratifier un accord incluant semblables dispositions, notamment un mécanisme de règlement des différends contraignant, qu'il soit global ou sectoriel³⁰. Sur la question de l'application des droits antidumping et compensateurs, il leur apparaissait impensable de demander au Congrès de modifier les lois pour accommoder le Canada³¹. Cette impression découlait des fortes tendances protectionnistes des deux chambres du Congrès où des projets de loi circulaient à cet effet.

Il faut dire que l'approbation de la procédure d'autorisation accélérée avait failli être bloquée par l'influent Comité des finances du Sénat. Le vote s'est conclu sur une égalité (10 – 10), ce qui n'empêchait pas la négociation de se poursuivre, mais envoyait un signal clair à l'effet que le Congrès aurait cette négociation à l'œil et s'attendait à un résultat à l'avantage des États-Unis³². À l'initiative du leader de la majorité, Bob Dole, le Sénat a adopté une résolution exposant les objectifs poursuivis par les États-Unis dans la négociation de l'ALÉ pour orienter le travail des négociateurs américains. Cette résolution s'avère être une liste de neuf problèmes à régler et précise que l'accord doit permettre aux États-Unis de conserver le plein pouvoir sur leurs recours commerciaux en cas d'importations dommageables en provenance du Canada³³. Le Président Reagan avait également pris cet engagement dans une lettre adressée au président du Comité des finances du Sénat Bob Packwood au lendemain du vote dudit comité³⁴.

Selon Clayton Yeutter, le Congrès n'était pas réellement opposé à cette initiative mais a utilisé ce vote pour secouer l'Administration sur la question du déficit commercial

³⁰ Le négociateur en chef Peter Murphy a utilisé cet argument, qui a par la suite été confirmé par le secrétaire américain du Trésor James Baker. *Ibid.*, pp. 269 et 289. Voir également les propos tenus par Louis F. Laun, Secrétaire adjoint des États-Unis au Commerce international, à l'occasion d'une conférence organisée par l'Université McGill tenue à Montréal les 18 et 19 mars 1987. LAUN, Louis F. «The U.S. – Canadian Free Trade Negotiations: Historic Opportunities.» dans A.R. RIGGS et Tom VELK (dir.), *op. cit.*, p. 239.

³¹ RITCHIE, Gordon, *op. cit.*, p. 84.

³² HART, Michael, *op. cit.*, pp. 150-1.

³³ GHERSON, Giles. «Washington's Agenda.» dans Duncan CAMERON (dir.). *The Free Trade Deal*. Toronto: James Lorimer & company, Publishers, 1988, p. 11.

³⁴ Lettre reproduite dans CAMERON, Duncan (dir.). *The Free Trade Papers*. Toronto: James Lorimer and Company, Publishers, 1986, pp. 44-5.

grandissant³⁵. Cette dualité dans le processus de décision américain a tout de même coloré la négociation et guidé les compromis acceptables ou non par l'équipe américaine, qui gardait à l'esprit l'étape de ratification de l'accord par le Congrès³⁶.

À ce sujet, les propos tenus par Max Baucus, sénateur du Montana et membre du comité des Finances, lors d'une conférence à Washington en février 1987, sont fort instructifs et ce, tant sur les guerres internes que se livrent l'Administration et le Congrès que sur les compromis acceptables par le Congrès³⁷. Le sénateur se plaint notamment de l'absence de consultation du Congrès par l'Administration sur la négociation en cours et exprime des menaces à peine voilées insinuant que le Congrès pourrait décider de ne pas ratifier l'accord si l'attitude de l'Administration ne changeait pas. Par ailleurs, le sénateur donne quelques indications sur l'envergure du cadre institutionnel que le Congrès accepterait, soit l'établissement d'une commission bilatérale dotée d'un pouvoir de recommandation pour examiner les différends, ajoutant toutefois ceci : « *However, it is extremely unlikely, in my judgement, that Congress would permit such a commission to make binding determinations[...]* »³⁸.

Sur la question des recours commerciaux, le sénateur Baucus exprime une position fréquemment répétée pendant la négociation, à savoir qu'il est hors de question d'exempter le Canada d'une quelconque façon de l'application des lois américaines. Il revient au Canada de réaliser un commerce juste et équitable de façon à ce que les États-Unis n'aient pas à appliquer de recours³⁹.

³⁵ Propos tirés des actes de la conférence *Free Trade @ ten*, tenue à Montréal, les 4 et 5 juin 1999 et reproduits dans MACDONALD, L. Ian (dir.), *op. cit.*, pp. 74-5.

³⁶ GHERSON, Giles, *op. cit.*, pp. 10-1.

³⁷ Propos tenus dans le cadre d'une conférence organisée conjointement par l'Institut de recherche sur les politiques publiques et la *Brookings Institution* à Washington, D.C. le 3 février 1987. BAUCUS, Max. «A Congressional Perception.» dans Edward R. FRIED, Frank STONE et Philip H. TREZISE, *op. cit.*, pp. 18-23. De même, le Sénateur Baucus blâme fortement l'Administration pour sa gestion interne de la négociation dans les propos rapportés par BELLO, Judith H.. «Trade Agreement Retrospective : The Views of Three Senators.» dans Alan F. HOLMER (dir.). *Guide to the U.S.-Canada Free Trade Agreement*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall Law & Business, 1990, pp. 88-92.

³⁸ BAUCUS, Max. «A Congressional Perception.» dans Edward R. FRIED, Frank STONE et Philip H. TREZISE, *op. cit.*, pp. 22-3.

³⁹ *Loc. cit.* Voir également DOERN, Bruce et Brian TOMLIN, *op. cit.*, p. 154.

Les États-Unis ont également proposé une approche sans obligation résiduelle, ce qui signifie qu'une restriction ou une mesure non explicitement mentionnée par l'accord pourrait être appliquée sans possibilité de recours⁴⁰. Cette position exprime la recherche d'un niveau élevé de précision, qui vise cependant à réduire le niveau d'obligation. De manière générale, il demeure néanmoins difficile de définir les préférences des États-Unis en ce qui a trait au niveau d'obligation et de précision. Comme les autorités américaines se sont généralement prononcées dans le même sens que le Canada à savoir que l'accord négocié devait contenir des règles claires et contraignantes pour encadrer le résultat des négociations, on peut supposer que les États-Unis recherchaient un niveau d'obligation relativement élevé, principalement pour lier les concessions octroyées par le Canada.

Cependant, le niveau de délégation souhaité diffère profondément entre les deux Parties. Alors que le Canada recherche une administration et une supervision bilatérale de l'accord, incluant un pouvoir de décision bilatérale dans le règlement des différends, les États-Unis refusent toute délégation de pouvoir et tout mécanisme de règlement dont l'autorité dépasserait le stade de la recommandation, sauf pour quelques cas bien définis. Les deux Parties s'accordent toutefois sur l'absence de délégation politique souhaitée. Un faible niveau de délégation apparaît donc clairement souhaité par les États-Unis.

Le niveau de précision recherché n'étant pas clairement défini, on peut conclure que les préférences des États-Unis pour le niveau de légalisation du cadre institutionnel s'apparentent au *design* 7 (O↑, P↑, D↓) ou au *design* 8 (O↑, P-, D↓).

3.1.4. Nature du design institutionnel obtenu

Le design institutionnel établi par l'accord qui, comme nous l'avons défini précédemment, correspond au *design* 4 (O↑, P↑, D-), peut paraître surprenant puisqu'il comporte un mécanisme sectoriel de règlement des différends contraignant, malgré l'opposition ferme des États-Unis à cet effet. Ce changement dans l'attitude américaine s'explique notamment par le fait que le Canada ait refusé de fléchir sur la nécessité d'obtenir un engagement de la

⁴⁰ HART, Michael, *op. cit.*, p. 273.

part des États-Unis pour une application prévisible et impartiale des lois sur les recours commerciaux. À quelques jours de l'échéance fixée par la procédure d'autorisation accélérée, le Canada a suspendu les négociations, considérant que les États-Unis n'étaient pas disposés à accepter ces éléments fondamentaux pour le Canada.

Les responsables américains reconnaissent que cette suspension a amené les États-Unis à réviser sérieusement leur position, en plus de donner au débat une dimension largement politique. Comme le mentionne Peter McPherson, alors adjoint au secrétaire américain du Trésor, « *I don't think we would have had an agreement if Canada hadn't broken off the negotiations. [...] breaking off the negotiations really galvanized and brought up to the very head at the highest levels the key issues within the U.S. government*⁴¹. » Cette opinion est également partagée par Clayton Yeutter, qui modère tout de même ces propos en précisant que les négociations devaient de toute façon être amenées à un niveau supérieur pour se conclure. La suspension des négociations a fourni le motif nécessaire pour amener les hautes autorités politiques à s'impliquer dans le débat⁴².

Parmi les raisons qui ont influencé leur position, mentionnons qu'un échec de la négociation n'avait pas été envisagé par les négociateurs américains : ceux-ci considéraient qu'un accord limité demeurerait toujours préférable, aux yeux du Canada, à l'éventualité de ne pas avoir d'accord. Toutefois, un échec de la négociation constituerait un revers pour les États-Unis qui souhaitent conserver un leadership dans les négociations multilatérales : l'impossibilité de s'entendre avec leur principal partenaire commercial affecterait sans doute leur crédibilité auprès de leurs autres partenaires⁴³. L'administration Reagan, qui se trouvait dans sa dernière année, avait manifestement besoin d'une bonne nouvelle après avoir été éclaboussée par le scandale du Irangate et des *contras* au Nicaragua.

⁴¹ Propos tirés des actes de la conférence *Free Trade @ ten*, tenue à Montréal, les 4 et 5 juin 1999 et reproduits dans MACDONALD, L. Ian (dir.), *op. cit.*, p. 83.

⁴² Propos tirés des actes de la «Tenth Anniversary Conference of the Canada – U.S. Free Trade Agreement.» tenue à la Michigan State University les 11 et 12 septembre 1998. PORTER, Roger B. «The Negotiating Process : A Panel Discussion.» dans Mordechai KREININ (dir.). *Building a Partnership. The Canada – United States Free Trade Agreement*. East Lansing: Michigan State University Press, 2000, p. 31.

⁴³ HART, Michael, *op. cit.*, p. 319.

Ces considérations ont amené les États-Unis à proposer la procédure finalement adoptée pour le chapitre 19, qui prévoit que chaque pays conserve ses lois commerciales appliquées par les tribunaux administratifs nationaux. Des groupes *ad hoc* binationaux disposent de l'autorité pour vérifier si les normes prévues par la loi ont été correctement appliquées et, le cas échéant, elles pourraient renvoyer ces décisions à l'organe national pour révision. Ce n'est qu'à la dernière minute que les autorités américaines ont accepté que les décisions de ces groupes binationaux spécifiques soient contraignantes. Une entente est également survenue stipulant que ce mécanisme ait un caractère temporaire et que les négociations se poursuivent pour établir un nouveau régime d'application des lois commerciales, dans un délai de cinq à sept ans⁴⁴.

En analysant le compromis obtenu sur le design institutionnel, au-delà de l'acceptation par les États-Unis d'une procédure sectorielle contraignante, on constate que le Canada a tout de même dû faire de larges concessions par rapport à ses préférences. Le mécanisme de règlement des différends établi en matière de droits antidumping et compensateurs n'est pas celui qui était souhaité au départ par le Canada. La décision d'appliquer un recours commercial n'est pas bilatérale, seule la révision de cette décision l'est. Bien qu'elle ait force obligatoire, la décision du groupe binational ne peut non plus modifier la décision d'un tribunal national, mais peut uniquement renvoyer cette décision pour qu'elle soit révisée par le tribunal national. Par ailleurs, la force obligatoire des décisions demeure limitée à la question des recours commerciaux ; pour tous les autres différends portant sur l'interprétation de l'accord, les groupes binationaux sont soumis à la procédure générale de règlement des différends et détiennent un pouvoir de recommandation sans plus. Enfin, les négociateurs américains ont refusé l'institution d'un tribunal permanent, dont les décisions auraient pu servir de précédents dans les cas subséquents. L'ensemble de ces éléments se rapprochent davantage des préférences américaines en matière de design institutionnel.

⁴⁴ Le sénateur Bill Bradley, membre du Comité des finances du Sénat, raconte qu'il a appelé James Baker à deux jours de l'échéance du 4 octobre 2007 pour l'encourager à accepter la proposition que les décisions rendues par les groupes spéciaux binationaux soient contraignantes. Devant l'hésitation de Baker, qui doutait de l'appui du Comité à cette mesure, le sénateur Bradley a demandé à tous les sénateurs du Comité, démocrates et républicains, qu'il croyait en faveur de cette mesure, d'appeler James Baker pour exprimer leur appui. Propos rapportés par BELLO, Judith H. «Trade Agreement Retrospective: The Views of Three Senators.» dans Alan F. HOLMER (dir.), *op. cit.*, pp. 92-5.

Le Canada a tout de même affirmé avoir atteint ses objectifs⁴⁵. Il faut dire que les préférences canadiennes en matière de design institutionnel découlaient de la recherche d'un accord global. Un tel accord devait obligatoirement prévoir des mécanismes de règlement des différends à la hauteur des concessions. Toutefois, l'accord obtenu étant plus limité, les mécanismes proposés sont considérés acceptables, d'autant plus qu'ils sont combinés à un programme de travail permettant de poursuivre la négociation sur la mise en place d'un régime commun d'application des droits antidumping et compensateurs.

Par ailleurs, deux situations survenues après la conclusion des négociations démontrent le mécontentement des États-Unis face au mécanisme contraignant concédé et leur intérêt à réduire le niveau de délégation octroyé au chapitre 19. Au moment de la transcription de l'entente en texte légal, les États-Unis ont introduit la procédure de contestation extraordinaire à ce chapitre, qui permet, dans des cas très précis, que soient révisées les décisions rendues par le groupe binational par un panel également binational d'ex-juges. Cette procédure ajoute un niveau supplémentaire au processus et a pour effet de réduire, quoique de façon limitée, la dimension contraignante du mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs.

Au moment de la ratification, le Congrès des États-Unis a tenté à nouveau de se soustraire à ce mécanisme : « *In the American system, courts are guided not only by the letter of the law, which is typically very poorly drafted, but by their best guess as to the real intent of the Congress*⁴⁶. » Pour guider l'action des tribunaux dans l'interprétation des lois, le Congrès peut exprimer ses intentions dans une déclaration d'accompagnement. Selon Gordon Ritchie, la déclaration accompagnant l'ALÉ, constituait clairement une tentative de contourner les règles établies sur le mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs, en établissant une procédure supplémentaire

⁴⁵ Propos tenus par Pat Carney, ministre canadienne du Commerce international, à l'occasion d'une conférence de l'Institut de recherche sur les politiques publiques tenue à Toronto les 28 et 29 octobre 1987. CARNEY, Pat. «Canadian Trade at a Cross Roads.» dans Murray G. SMITH et Frank STONE (dir.), *op. cit.*, p. 156.

⁴⁶ RITCHIE, Gordon, *op. cit.*, p. 154.

d'enquête dont les frais, pour les importateurs lésés, seraient défrayés par l'Administration américaine. Elle a finalement été modifiée à la suite des récriminations canadiennes⁴⁷.

L'étude des préférences canadiennes et américaines pour le design institutionnel de l'ALÉ nous mène à la conclusion suivante : selon la classification établie par le cadre opératoire, le design effectivement négocié concorde avec les préférences canadiennes (O↑, P↑, D-). En dépit de cette concordance, notre analyse démontre une relation beaucoup moins limpide puisque de nombreuses différences sont observables entre la position du Canada et le résultat obtenu. Notre cadre opératoire présente donc une limite au plan des variables utilisées : celles-ci ne permettent pas de distinguer certaines divergences plus subtiles, notamment au plan de la délégation. Malgré cette faiblesse, notre première conclusion n'en demeure pas moins valide. On peut donc affirmer que le design obtenu au terme de la négociation de l'ALÉ se rapproche davantage des préférences de l'État faible que de celles de l'État puissant, ce qui contredit notre hypothèse.

⁴⁷ *Loc. cit.* La déclaration Baucus-Danforth a été nommée selon ses auteurs, les sénateurs Max Baucus et John Danforth, reconnus pour leur opposition à l'accord.

3.2. Négociations de l'Accord de libre-échange nord-américain

3.2.1. Mise en contexte

La décision de négocier un accord trilatéral à peine deux ans après la conclusion de l'ALÉ n'était pas le premier choix des partenaires de l'ALENA. Elle découle d'une demande du Mexique pour un accord de libre-échange bilatéral avec les États-Unis; le Canada n'était pas inclus dans l'équation de départ.

Le Mexique s'est engagé dans une série de réformes au milieu des années 80, délaissant le modèle de substitution des importations après que la dure récession de 1981-82 et la chute des prix du pétrole aient précarisé sa situation économique. Ces réformes visaient notamment à libéraliser le commerce, à abaisser les restrictions sur l'investissement étranger et à privatiser un certain nombre d'entreprises publiques, dont le système financier. Son accession au GATT en 1986 et la signature du *Framework Understanding on Trade and Investment* avec les États-Unis l'année suivante, qui identifiait des priorités dans un certain nombre de secteurs, étaient significatifs de cette ouverture nouvelle. Souhaitant attirer des investissements étrangers et poursuivre le redressement de sa situation financière, le Mexique a proposé aux États-Unis la négociation d'un accord de libre-échange en janvier 1990⁴⁸.

On peut s'interroger sur les raisons qui ont poussé les États-Unis à s'engager dans la négociation d'un accord de libre-échange avec le Mexique, leur troisième partenaire commercial en importance. Certes, les États-Unis avaient négocié un accord semblable avec leur voisin nordique deux ans auparavant, dans un contexte asymétrique similaire. Toutefois, le Canada et les États-Unis présentaient un niveau de développement comparable, à la différence de celui du Mexique. L'intérêt des États-Unis à l'égard du Mexique résidait notamment dans la consolidation des réformes économiques qui y étaient entreprises. Celles-ci permettraient d'accroître le potentiel du marché et de créer un

⁴⁸ CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN. *The Making of NAFTA : How the Deal Was Done*. Ithaca, N.Y. : Cornell University Press, 2000, p. 62.

environnement stable et prévisible, propice à l'investissement⁴⁹. De plus, les États-Unis ayant en tête la négociation d'un accord regroupant tous les pays des Amériques, on peut considérer ce rapprochement avec le Mexique comme une première étape dans la réalisation du projet continental. Des considérations internes ont également joué en faveur d'une négociation commerciale avec le Mexique, en particulier le problème grandissant de l'immigration mexicaine clandestine aux États-Unis et le potentiel de croissance du développement économique des États limitrophes⁵⁰. Les États-Unis ont accepté la proposition mexicaine en février 1990 et le Canada en fut aussitôt informé.

Au Canada, l'ALÉ avait suscité une vive opposition à l'échelle nationale et constitué un enjeu majeur de l'élection de 1988, qui a reporté le Parti conservateur à la tête d'un gouvernement majoritaire. Bien que réfractaire à l'idée d'entamer une nouvelle ronde de négociations avec les États-Unis, et malgré un contexte politique peu favorable en raison de l'échec des accords du Lac Meech, le gouvernement canadien a finalement suivi la recommandation de son comité d'étude et a demandé à se joindre à cette négociation. Des motifs essentiellement défensifs ont motivé la décision du Canada : l'hypothèse de la présence des États-Unis au sein de deux accords bilatéraux sur le continent nord-américain (modèle *hub-and-spoke*⁵¹), qui aurait vraisemblablement comme effet de détourner les investissements étrangers vers ce pays en raison de sa condition de plate-forme desservant toute l'Amérique du Nord, et la préservation des avantages acquis dans l'ALÉ.

Aux États-Unis, plusieurs considérations internes ont retardé le début des négociations, notamment la reconduction de la procédure d'autorisation accélérée (*fast track*) qui parvenait à échéance le 31 mai 1991. La négociation a débuté formellement en juin 1991 pour se conclure en août 1992. Contrairement à ce qu'on aurait pu présumer, la négociation n'a pas entraîné la formation d'alliances entre le Canada et le Mexique pour faire front commun face aux demandes du géant américain. Le Canada s'est servi de l'ALÉ comme

⁴⁹ MCKINNEY, Joseph A. *Created from NAFTA : the structure, function, and significance of the treaty's related institutions*. Armonk, N.Y. : M.E. Sharpe, 2000, pp. 7-8.

⁵⁰ OSTRY, Sylvia. «The NAFTA: Its International Economic Background.» dans Stephen J. RANDALL, Herman KONRAD et Sheldon SILVERMAN (dir.). *North America Without Borders ? Integrating Canada, the United States and Mexico*. Calgary: University of Calgary Press, 1992, p. 27.

⁵¹ LIPSEY, Richard G., Daniel SCHWANEN et Ronald J. WONNACOTT. *The NAFTA : what's in, what's out, what's next*. Toronto : C.D. Howe Institute, 1994, p. 22.

texte de base à la négociation, s'attirant ainsi les foudres des États-Unis à plusieurs moments, qui ont menacé à quelques reprises de conclure un accord bilatéral avec le Mexique si le Canada tenait à ce point à conserver l'ALÉ intact⁵².

Une dynamique particulière a entouré la décision de négocier ainsi que la négociation en soi de l'ALENA, qui se répercute encore aujourd'hui sur la relation entre les trois pays. Malgré l'entente commune pour conclure un accord trilatéral, celle-ci a toujours semblé constituer un choix obligé, sans réelle volonté de la part des Parties. Il apparaît évident que le Canada et le Mexique auraient préféré conserver une relation bilatérale exclusive avec les États-Unis et que ce dernier partenaire était favorable à la conclusion de deux accords bilatéraux. Cette tendance trouve son écho avant même le début des négociations, alors que le Mexique, soupçonnant que le Canada abordait défensivement la négociation à venir, s'était opposé à la négociation d'un accord trilatéral. L'intervention des États-Unis fut nécessaire pour que le Mexique accepte ce troisième partenaire, tout en posant une condition : le Canada devait se retirer des négociations si ce dernier s'avérait représenter un obstacle à la conclusion d'un accord États-Unis – Mexique.

3.2.2. Préférences du Canada

Les objectifs du Canada face aux négociations de l'ALENA sont fort différents de ses objectifs au moment de la négociation de l'ALÉ. Bien que les représentants canadiens s'en défendent⁵³, les motifs canadiens s'apparentent effectivement à des réflexes défensifs : « *In the end, however, Canada entered NAFTA because key policy makers believed it had little choice if it was to protect its interests in the North American market*⁵⁴. » Seul un des quatre

⁵² Le chapitre sur l'agriculture a d'ailleurs été scindé en deux accords bilatéraux, d'une part entre le Canada et le Mexique, d'autre part entre les États-Unis et le Mexique ; le chapitre correspondant de l'ALÉ demeure en vigueur entre le Canada et les États-Unis.

⁵³ Michael Wilson, ministre du Commerce international pendant la négociation de l'ALENA, exprime ainsi les objectifs canadiens dans cette négociation : « *What was Canada's objective in joining the NAFTA talks ? It was not a defensive manoeuvre. We were not just looking to protect what we had won in the FTA, we wanted to enhance the FTA and grow into a continental market. What we got was a comprehensive agreement that eliminates tariffs on all industrial products, includes a broad range of services and addresses important investment issues.* » Propos tirés des actes de la conférence *Free Trade @ ten*, tenue à Montréal, les 4 et 5 juin 1999. WILSON, Michael. «Free Trade: Then and Now.» dans L. Ian MACDONALD (dir.), *op. cit.*, p. 209.

⁵⁴ CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, p. 64.

objectifs du Canada vise l'accès au marché mexicain, un accès équivalent à celui octroyé aux produits américains est-il précisé⁵⁵. L'argument de Gruber, selon lequel les pertes que peut subir un État en demeurant à l'extérieur d'un accord sont souvent supérieures aux gains encourus en devenant partie à cet accord, se reflète aisément dans la position adoptée par le Canada. Celui-ci avait un intérêt commercial peu développé à l'égard de l'Amérique latine, mais ne voulait surtout pas prendre le risque de perdre les avantages obtenus dans l'ALÉ au profit de meilleurs arrangements entre le Mexique et les États-Unis.

En présentant la négociation de l'ALENA comme une extension et une amélioration de l'accord existant avec les États-Unis, le Canada attirait une plus grande sympathie au niveau national à l'endroit de sa démarche. Une analyse réalisée par le Canada un an après l'entrée en vigueur de l'ALÉ relève deux problèmes persistants dans la relation canado-américaine, malgré la mise en place de mécanismes formels : la poursuite d'une relation de nature *ad hoc* entre les deux pays et l'interprétation discrétionnaire des dispositions de l'ALÉ par l'Administration américaine⁵⁶. Un rapport du Comité des affaires étrangères du Sénat du Canada de mars 1990 conclut que le mécanisme instauré par le chapitre 19 n'a pas donné les résultats escomptés puisque les procédures demeurent ardues et n'ont pas mené à une atténuation du comportement agressif des États-Unis envers les pratiques commerciales du Canada⁵⁷.

Les représentants du gouvernement canadien entrevoyaient donc une possibilité d'améliorer et de renforcer certaines règles et procédures de l'ALÉ qui s'avéraient déficientes ou incomplètes. Le ministre canadien du Commerce international a toutefois affirmé que le Canada et les États-Unis s'étaient entendus pour que les compromis difficilement obtenus en 1987 ne soient pas remis en question par cette négociation⁵⁸. À la

⁵⁵ Gouvernement du Canada. *North American Free Trade: An Overview and Description*, Ottawa: Gouvernement du Canada, 1992, p. iv.

⁵⁶ del CASTILLO VERA, Gustavo. «Institutional Concerns and Mechanisms Developing from Tripartite Free Trade Negotiations in North America.» dans Stephen J. RANDALL, Herman KONRAD et Sheldon SILVERMAN (dir.), *op. cit.*, p. 53.

⁵⁷ Comité permanent des affaires étrangères du Sénat du Canada. *Contrôle de l'application de l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis*. Fascicule no 22, Ottawa : Sénat du Canada, 27 mars 1990.

⁵⁸ WILSON, Michael. «Why free trade critics are dangerous and dishonest.», discours prononcé devant le Canada – U.S. Business Association, à Toronto, le 15 juin 1992, et reproduit dans *Canadian Speeches*, vol. 6(5), août/septembre 1992, pp. 35-6.

lumière du comportement et des préférences américaines, il y a lieu de se demander si cette affirmation reflète réellement une position partagée par le Canada et les États-Unis ou représente plutôt la position du Canada destinée à rassurer sa population quant à ses intentions.

Malgré tout, l'ALÉ donnait au Canada une alternative d'une grande valeur, en lui permettant de se retirer des négociations si celles-ci devenaient clairement défavorables à son endroit. Dans un discours prononcé à la Chambre des communes à l'occasion de la visite du président mexicain Carlos Salinas, le 8 avril 1991, le premier ministre canadien Brian Mulroney a exprimé ainsi la position du Canada : « *We have no intention, however, of renegotiating the Canada – U.S.A. FTA. We want to build on the FTA and expand trade liberalization to encompass all of North America.*⁵⁹ »

En s'ingérant dans la relation bilatérale États-Unis – Mexique pour la transformer en relation nord-américaine, le Canada a adopté une attitude de gardien de l'accord existant. Les représentants canadiens se sont efforcés de justifier cette nouvelle négociation comme une extension de l'ALÉ pour y inclure le Mexique. Le ministre du Commerce international Michael Wilson a ainsi exprimé cette position défensive :

In effect, that's what the NAFTA negotiations are all about. They are about taking the rules of the FTA and extending them to Mexico. That is why the onus in these negotiations is on Mexico. It is on Mexico that will have to stand and deliver. Canada and the United States have already adjusted to rules of the FTA. Now it is Mexico's turn⁶⁰.

Le Canada a maintenu cette position jusqu'à la fin, le ministre Wilson réitérant, quelques jours avant l'une des dernières séances de négociation, que le Canada préférerait quitter la table de négociations plutôt que d'affaiblir l'ALÉ⁶¹.

⁵⁹ MULRONEY, Brian. «Why Canada endorses North American free trade.», discours prononcé à la Chambre des communes à Ottawa, le 8 avril 1991, et reproduit dans *Canadian Speeches*, vol. 5(3), mai 1991, p. 49.

⁶⁰ WILSON, Michael, *op. cit.*, p. 35.

⁶¹ ROBERT, Maryse. *Negotiating NAFTA: explaining the outcome in culture, textiles, autos and pharmaceuticals*. Toronto: University of Toronto Press, 2000, p. 40.

À l'inverse du Mexique, le Canada est demeuré peu empressé de parvenir à un accord et il est resté fidèle à sa position : maintien ou amélioration des acquis obtenus sous l'ALÉ et obtention des concessions américaines accordées au Mexique. Le Canada s'est ainsi appliqué à rejeter toutes les modifications à l'ALÉ qui auraient exigé des renégociations majeures au niveau national⁶². Cette attitude, jumelée au rapprochement Mexique – États-Unis, a fait que les principaux enjeux à régler demeuraient entre le Canada et les deux autres partenaires.

Le Canada souhaitait évidemment préserver la procédure de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs difficilement négociée sous l'ALÉ, sans en diminuer la portée. L'auteure Maryse Robert, qui a mené de multiples entrevues auprès de nombreux acteurs impliqués dans les négociations de l'ALENA, rapporte que cet enjeu a à nouveau fait l'objet de contentieux entre le Canada et les États-Unis. Ces derniers ont notamment proposé que les décisions d'un groupe spécial binational puissent être suspendues et transférées à un tribunal national si celles-ci ne convenaient pas à l'une des Parties en cause, ce à quoi le Canada s'est opposé avec véhémence⁶³.

Par ailleurs, le Canada ne s'est pas opposé à la proposition américaine d'inclure une procédure contraignante de règlement des différends concernant l'investissement, applicable entre un État et un investisseur d'un autre État. L'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends spécifique au secteur financier fait également partie des préférences canadiennes.

À la lumière de l'attitude et des affirmations des représentants canadiens pendant la négociation trilatérale, on peut affirmer que le Canada souhaitait un accord au moins équivalent à l'ALÉ en terme de légalisation. Son insistance à considérer la négociation de l'ALENA comme une extension de la négociation de l'ALÉ, destinée à inclure le Mexique à ses dispositions, indique que le Canada ne souhaitait pas toucher à la forme de l'accord, mais tout au plus à en préciser le contenu. Les quelques problèmes relevés par le premier

⁶² CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, p. 149.

⁶³ ROBERT, Maryse, *op. cit.*, pp. 40-1.

rapport du Sénat canadien sur la mise en œuvre de l'ALÉ laissent supposer que le Canada espérait toutefois profiter de cette nouvelle négociation pour renforcer l'accord existant au plan institutionnel afin de pallier ces difficultés. On peut donc affirmer que le *design 4* (O↑, P↑, D-) correspond toujours aux préférences canadiennes au moment de la négociation de l'ALENA.

3.2.3. *Préférences des États-Unis*

Nous avons fait mention des objectifs poursuivis par les États-Unis dans cette négociation, qui visent essentiellement à renforcer les réformes entreprises afin d'assurer la croissance économique et la stabilité politique dans le pays voisin⁶⁴. Les États-Unis cherchaient ainsi à réduire les risques d'instabilité au sud de leur frontière et à développer de nouveaux marchés pour les entreprises américaines. Éventuellement, la création d'emplois et de meilleures conditions salariales amèneraient une amélioration des conditions de vie de la population mexicaine et contribueraient à diminuer le problème de l'immigration clandestine⁶⁵. Ces objectifs sous-entendent que les États-Unis recherchaient un accord contraignant, basé sur des règles, afin de rendre l'environnement prévisible et sécuritaire pour le commerce et l'investissement. Par le type d'accord envisagé avec le Mexique, le niveau d'obligation recherché apparaît clairement élevé.

Ces objectifs n'ont pas empêché les États-Unis d'exploiter le contexte asymétrique de cette relation. Ils ont débuté la négociation dans une certaine indifférence, voulant démontrer hors de tout doute que cet accord ne leur était pas essentiel et que le Mexique devrait mettre le prix pour accéder au marché américain. Cette attitude a été conservée pendant presque toute la durée des négociations, les États-Unis répétant au Mexique « *You're here to buy*

⁶⁴ Pour certains opposants à l'accord, la stabilité politique recherchée par les États-Unis n'est pas synonyme de développement d'une démocratie pluraliste, mais de maintien du régime autoritaire du Mexique. Voir AGUILAR ZINSER, Adolfo. «Authoritarianism and North American Free Trade: The Debate in Mexico.» dans Ricardo GRINSPUN et Maxwell A. CAMERON (dir.). *The Political Economy of North American Free Trade*. Montréal : McGill-Queen's University Press, 1993, pp. 205-216.

⁶⁵ HUFBAUER, Gary C. et Jeffrey J. SCHOTT. *North American Free Trade : Issues and Recommendations*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1992, pp. 10-12.

our market. What are you prepared to pay ? » et « *You need us more than we need you.* »⁶⁶. Ils ont ainsi conservé le contrôle de la négociation et de l'échéancier.

Les objectifs des États-Unis étaient essentiellement formulés à l'intention du Mexique. L'inclusion du Canada dans la négociation leur donnait toutefois l'occasion de renégocier certaines dispositions de l'ALÉ. Face à l'attitude défensive du Canada, les États-Unis ont répété plusieurs fois que « tout était sur la table de négociation⁶⁷ », notamment la procédure contraignante du mécanisme de règlement des différends du chapitre 19. La négociation de l'ALENA leur donnait la possibilité de revoir ces dispositions, d'autant plus que le niveau du système légal mexicain n'apparaissait pas adapté pour que le Mexique puisse être aisément intégré à ce mécanisme : manque de transparence, règles et procédures administratives inadéquates, manque de clarté de lois, etc⁶⁸. Dans le même esprit, les États-Unis ont amené la proposition mentionnée à la section précédente, pour que les décisions d'un groupe binational puissent être transférées à un tribunal national. En plus de confirmer que le niveau de légalisation obtenu sous l'ALÉ ne rejoignait pas les préférences américaines, cette proposition laisse entendre que les États-Unis cherchaient à réduire le niveau de délégation de cette procédure.

Il importe de mentionner que les États-Unis ne rejetaient pas tous les mécanismes contraignants de règlement des différends. La procédure investisseur – État du chapitre sur l'investissement est au nombre des préférences américaines en matière de design institutionnel⁶⁹. Les États-Unis ont également appuyé l'ajout d'une procédure de règlement non contraignante, propre aux services financiers. On peut expliquer ces préférences en apparence contradictoires par le but recherché par la mise en place des différents mécanismes de règlement. Ces deux nouvelles procédures visent principalement à protéger les intérêts des investisseurs américains, à la différence du mécanisme du chapitre 19 qui restreint l'application des lois commerciales américaines.

⁶⁶ CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, p. 225.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁸ ESSARY, Melissa A. «Can Mexico Be Incorporated into the Free Trade Agreement's Dispute Resolution Mechanisms?» dans Joseph A. MCKINNEY et M. Rebecca SHARPLESS (dir.). *Implications of a North American free trade region: multidisciplinary perspectives*. Ottawa: Carleton University Press; Don Mills: Oxford University Press Canada, 1992, pp. 107-9.

⁶⁹ CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, p. 100.

Le poids du Congrès a également modulé les préférences américaines dans la négociation de l'ALENA, comme à l'époque de la négociation de l'ALÉ. La procédure d'autorisation accélérée avait été difficile à obtenir de la part du Congrès, laissant présager une forte opposition au moment du débat sur la ratification de l'accord. Quant à l'application des droits antidumping et compensateurs, le négociateur en chef pour les États-Unis a indiqué dès le début de la négociation que la modification des lois américaines sur les recours commerciaux par le Congrès n'était pas une option⁷⁰.

Les accords parallèles sur le travail et l'environnement doivent être mentionnés, puisqu'ils constituent un bel exemple de la négociation interne que doit mener l'Administration américaine face au Congrès. Avant même l'approbation de la procédure d'autorisation accélérée, le Congrès avait fait part de ses préoccupations concernant les faibles standards du Mexique dans les secteurs des normes du travail et de l'environnement, ce à quoi l'Administration avait répondu par un plan de travail concernant ces enjeux. Pendant la campagne présidentielle de 1992, le candidat Bill Clinton, tout en appuyant le projet d'accord, s'était engagé à négocier des accords parallèles sur le travail et l'environnement avant sa ratification. Ces accords parallèles visaient principalement à obtenir l'approbation du Congrès sur le texte de l'accord dans son intégralité.

À l'occasion d'une conférence tenue deux ans après l'entrée en vigueur de l'ALENA, le négociateur en chef de l'ALENA pour les États-Unis, Julius L. Katz, a fait mention de certaines dispositions de l'ALENA qui pourraient être renégociées ou améliorées advenant l'utilisation de la clause d'accession de l'ALENA (article 2204). Celles-ci concernent principalement les exceptions incluses dans le texte pour les secteurs de l'agriculture, de l'énergie, des services, des transports et des marchés publics⁷¹. Bien que M. Katz ait précisé qu'il parlait en son nom personnel à l'occasion de cette conférence, cette affirmation laisse entendre que les États-Unis auraient préféré un degré de précision moins élevé, du moins dans le cas particulier des nombreuses exceptions incluses dans l'accord. Cette affirmation

⁷⁰ *Ibid.*, p. 88.

⁷¹ KATZ, Julius L. «The NAFTA Treaty and the Question of Expansion: Views of the Negotiators (I).» dans Richard STARR (dir.). *Hemispheric Trade and Economic Integration After NAFTA. Proceedings of the Indianapolis Summit, December 6-7, 1994*. Indianapolis : Competitiveness Center of Hudson Institute; Vancouver : The Fraser Institute, 1995, pp. 23-30.

concorde avec le principal objectif des États-Unis dans la négociation de l'ALENA, tel qu'énoncé par les auteurs Cameron et Tomlin : obtenir l'accord le plus étendu possible, avec le moins d'exceptions possibles et l'élimination des droits de douanes le plus rapidement possible⁷².

Nous disposons de peu d'indications pour définir avec certitude le niveau de précision souhaité tant par les États-Unis que par le Mexique. Nous pouvons déduire, par les nombreuses études portant sur les négociations des enjeux sectoriels, qu'un certain niveau de précision était recherché. À cet égard, l'analyse réalisée par Sylvia Maxfield et Adam Shapiro, qui porte précisément sur l'issue des négociations entre les États-Unis et le Mexique pour chaque secteur d'intérêt, constitue un bel exemple de l'attention portée aux détails dans la négociation, notamment en ce qui concerne la détermination du calendrier d'élimination des tarifs douaniers, les produits sensibles et les règles d'origine⁷³.

Les préférences américaines pour le design institutionnel de l'ALENA concordent avec les préférences établies pour l'ALÉ : éviter toute procédure qui a pour effet de limiter la capacité des États-Unis à légiférer ou qui porte atteinte à sa souveraineté. La définition du niveau de délégation souhaité selon les critères établis pose toutefois problème, dans la mesure où les États-Unis envisagent une procédure de règlement contraignante dans le secteur de l'investissement, tout en cherchant à affaiblir la procédure du chapitre 19. Néanmoins, en aucun cas il ne pourrait être affirmé que les États-Unis recherchent un niveau de délégation modéré. Le niveau d'obligation demeure élevé, alors que le niveau de précision, toujours impossible à définir avec certitude, est au moins modéré. Nous établirons donc que le niveau de légalisation souhaité par les États-Unis correspond au *design 7* (O↑, P↑, D-) ou au *design 8* (O↑, P-, D-), comme au moment de la négociation de l'ALÉ.

⁷² CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, p. 95.

⁷³ MAXFIELD, Sylvia et Adam SHAPIRO. «Assessing the NAFTA Negotiations. U.S. – Mexican Debate and Compromise on Tariff and Nontariff Issues.» dans Carol WISE (dir.). *The post-NAFTA political economy: Mexico and the Western Hemisphere*. University Park, Penn. : The Pennsylvania State University Press, 1998, pp. 82-118.

3.2.4. *Préférences du Mexique*

Dès le début de la négociation, il est clairement apparu que le Mexique était en position de demandeur, ce qui a permis aux États-Unis et, dans une moindre mesure, au Canada de fixer les conditions d'entrée. Le Mexique a tenté d'utiliser sa position de pays en voie de développement pour amener ses partenaires à adopter un état d'esprit plus compréhensif, ce qui connut un succès limité. En raison de son empressement à conclure un accord, le Mexique a difficilement géré la négociation et rapidement abandonné la plupart de ses positions de départ. L'impatience et l'inexpérience de ses négociateurs ont poussé ceux-ci à faire de trop grandes concessions, trop rapidement, à l'endroit des États-Unis, notamment dans les secteurs de l'agriculture, de l'investissement et des services financiers. Le seul enjeu sur lequel le Mexique n'a fait aucune concession est le secteur énergétique, restant fidèle à sa décision que ce secteur ne faisait pas partie des points à négocier, au grand dam des États-Unis⁷⁴. Le Mexique a toutefois accepté la présence d'un chapitre sur le secteur énergétique dans l'ALENA, dont il est exempté.

Nous avons mentionné l'intérêt du Mexique à consolider les réformes structurelles majeures entreprises à son économie comme principal motif à la conclusion d'un accord de libre-échange avec les États-Unis, devenu par la suite un projet d'accord trilatéral. Dans une allocution prononcée devant les membres du Parlement du Canada peu avant le début des négociations, le président mexicain Carlos Salinas a exposé les objectifs poursuivis par le Mexique, à savoir un repositionnement de l'économie mexicaine au niveau mondial, l'amélioration des conditions économiques et sociales de sa population, la consolidation des réformes à ses institutions démocratiques, la lutte au trafic de la drogue et la protection de l'environnement⁷⁵.

⁷⁴ Cette position s'appuie sur la Constitution mexicaine, qui empêche des compagnies étrangères d'investir dans le secteur énergétique mexicain. Le Président Salinas s'était engagé à ce que la Constitution mexicaine soit respectée dans les négociations commerciales, particulièrement le contrôle exclusif des ressources du Mexique par l'État mexicain. SALINAS de GORTARI, Carlos. «Cinco premisas sobre las relaciones comerciales con el exterior.», discours prononcé devant le Sénat mexicain, D.F., le 17 avril 1990, et reproduit dans *Comercio exterior*, vol. 40(6), juin 1990, pp. 524-5.

⁷⁵ SALINAS de GORTARI, Carlos. «Free trade key to Mexico's place in new world order.», discours prononcé à une session mixte de la Chambre des communes et du Sénat du Canada à Ottawa, le 8 avril 1991, et reproduit dans *Canadian Speeches*, vol. 5(3), mai 1991, pp. 41-5.

Contrairement aux objectifs canadiens et américains au moment de la conclusion de l'ALÉ, les objectifs du Mexique visent une restructuration profonde de la société mexicaine, ce qui peut expliquer l'empressement du Mexique à conclure un accord et le peu de résistance aux requêtes de ses partenaires. Le Mexique considérait l'ALENA comme la pierre angulaire des profondes réformes économiques entreprises. La nécessité de se conformer aux règles de l'ALENA s'inscrivait dans la stratégie mexicaine pour faire accepter les nombreuses modifications au fonctionnement de l'État et imposer des réformes à l'industrie mexicaine pour qu'elle devienne plus compétitive. Cet objectif laisse entendre que le Mexique recherchait aussi un accord contraignant, afin de pouvoir soumettre ses entreprises à des règles imposées par ses partenaires commerciaux. Les propos d'un représentant du gouvernement mexicain attiré aux négociations de l'ALENA confirment que le Mexique recherchait un niveau d'obligation relativement élevé, basé sur des règles qui se maintiennent dans le temps et qui procurent une stabilité et une prévisibilité⁷⁶.

Bien évidemment, l'accord visait aussi à sécuriser l'accès au marché des États-Unis, ceux-ci absorbant les trois quarts des exportations mexicaines. Le Sénat mexicain, dans sa recommandation positive de négocier un accord de libre-échange avec les États-Unis, a précisé les objectifs du Mexique, à savoir la conclusion d'un accord propre à réduire l'incertitude dans les relations commerciales, l'abandon des mesures protectionnistes et le renoncement à l'application unilatérale de recours commerciaux⁷⁷.

En effet, l'accroissement des guerres commerciales menées par l'industrie américaine contre les entreprises mexicaines constitue une raison sous-jacente à la recherche d'un accès sécurisé au marché américain. La consolidation de l'économie mexicaine et la compétitivité accrue de ses entreprises avaient eu pour effet d'augmenter de façon significative le nombre de mesures antidumping et compensatoires prises par les États-Unis à l'encontre de l'industrie mexicaine. Le Mexique a voulu institutionnaliser sa relation avec son principal partenaire commercial de façon à encadrer l'application des recours

⁷⁶ JURADINI, Jorge. «NAFTA's Effects: A Mexican Analysis.» dans A.R. RIGGS et Tom VELK (dir.). *Beyond NAFTA: An economic, political and sociological perspective*. Vancouver: Fraser Institute. 1993, pp. 185-7. M. Juraidini est le représentant adjoint du gouvernement mexicain au Canada pour les négociations de l'ALENA.

⁷⁷ *Comercio exterior, op.cit.*, p. 541.

commerciaux⁷⁸. L'inclusion d'un mécanisme impartial de résolution des différends empêchant l'application unilatérale de recours commerciaux est au nombre des conditions posées par le secrétaire au Commerce et au Développement industriel du Mexique, Jaime Serra Puche, pour définir le type d'accord recherché avec les États-Unis⁷⁹. Le Sénat mexicain a quant à lui précisé que l'accord devait inclure « une instance d'arbitrage impartiale, rapide, sans bureaucratie et disposant de l'autorité nécessaire pour rendre des décisions visant la résolution rapide des conflits »⁸⁰.

Le Mexique a bien tenté d'obtenir ce que le Canada n'avait pu obtenir sous l'ALÉ, soit l'abrogation des lois commerciales américaines pour les remplacer par une politique de concurrence nord-américaine. Devant l'intransigeance des États-Unis sur cette question, il s'est rallié à la position canadienne pour intégrer à l'ALENA le mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs. Cette constatation nous permet de supposer que le Mexique était à l'aise avec le design proposé et rejoignait la position canadienne sur le design.

La question institutionnelle apparaît toutefois fort secondaire pour le Mexique. Alors que la question des recours commerciaux est omniprésente dans les textes portant sur la négociation de l'ALÉ du point de vue canadien, et dans une moindre mesure dans les textes portant sur la négociation de l'ALENA, cette question n'est pratiquement pas abordée lorsqu'il est question des préférences mexicaines. L'importance de cet accord pour le Mexique sur le plan de la restructuration de son économie et du positionnement de celle-ci dans l'économie mondiale peut expliquer que les aspects institutionnels soient peu couverts.

Une situation particulière survenue pendant la négociation renforce cette hypothèse. Le Canada croyait que le Mexique partageait son opinion sur l'importance de conserver un

⁷⁸ EDEN, Lorraine et Maureen APPEL MOLOT. «The Views from the Spokes: Canada and Mexico Face the United States.» dans Stephen J. RANDALL, Herman KONRAD et Sheldon SILVERMAN (dir.), *op. cit.*, p. 76.

⁷⁹ SERRA PUCHE, Jaime. «Lineamientos para una estrategia comercial.», discours prononcé à l'occasion du Forum national de consultation sur les relations commerciales du Mexique avec le monde, Mexico, D.F., le 18 avril 1990, et reproduit dans *Comercio exterior*, *op. cit.*, p. 530.

⁸⁰ *Comercio exterior*, vol 40(6), juin 1990, p. 542.

mécanisme contraignant de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs dans l'accord trilatéral. Toutefois, lorsque les États-Unis ont proposé d'en réduire la portée en permettant aux Parties non satisfaites par la décision d'un groupe spécial binational de reporter la cause devant un tribunal national, éliminant ainsi le caractère contraignant de la procédure, le Mexique, probablement pressé de parvenir à la conclusion de l'accord, s'est rangé à la position américaine⁸¹. Un blocage majeur sur cette question entre le Canada et les États-Unis a amené le Mexique à décréter une suspension des négociations, à quelques jours de la fin des négociations, jusqu'à ce qu'il y ait entente sur cette question. Le Mexique craignait que les gains qu'il arrachait dans les autres secteurs de négociation soient anéantis par l'impossibilité des deux autres partenaires à s'entendre sur le chapitre 19⁸².

De toute évidence, et bien que cet élément ait fait partie de ses objectifs, l'encadrement de l'application des recours commerciaux paraît secondaire pour le Mexique, qui est prêt à renoncer à un mécanisme contraignant pour obtenir d'autres concessions. On peut présumer que le Mexique souhaitait une procédure contraignante en matière de droits antidumping et compensateurs, mais que cette préférence ne constituait pas une condition *sine qua non* à la conclusion de l'accord. Par ailleurs, lorsqu'il est question des États-Unis, l'opinion publique mexicaine est très sensible à tout ce qui ressemble à une limitation de la souveraineté nationale⁸³. Par ailleurs, le Mexique ne voulait pas de procédure contraignante de règlement des différends en matière d'investissement. Enfin, le système légal mexicain accuse un certain retard sur celui des autres Parties à l'accord. L'ensemble de ces éléments laisse entendre que le Mexique recherchait tout au plus un niveau modéré de délégation, dans la mesure où celle-ci serait uniquement de nature judiciaire et non politique, et qu'il aurait assumé la détermination d'un niveau de délégation faible.

⁸¹ GRAYSON, George. *The North American free trade agreement*. New York : Foreign Policy Association, 1993, p. 34.

⁸² CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, pp. 168-71. Il s'agit de la seule source consultée qui mentionne cette suspension de deux jours des négociations. Les auteurs précisent que celle-ci ne fut jamais rendue publique par crainte de fragiliser l'ensemble du processus.

⁸³ ABBOTT, Frederick M. *Law and policy of regional integration: the NAFTA and western hemispheric integration in the World Trade Organization system*. Boston : M. Nijhoff Publishers, 1995, p. 19.

Par ailleurs, il est possible de déduire que le Mexique recherche un degré d'obligation élevé, à la fois pour contraindre ses propres entreprises et pour sécuriser l'accès de ses produits aux marchés américain et canadien. Toutefois, nous avons peu d'indications en ce qui concerne le niveau de précision recherché par le Mexique. Nous pouvons tirer quelques éléments de la présentation des caractéristiques recherchées de l'accord par le secrétaire au Commerce Jaime Serra Puche devant le Sénat mexicain, quelques mois avant le début des négociations⁸⁴. Celui-ci mentionne l'importance de négocier des périodes de transition pour l'élimination des tarifs douaniers, des règles d'origine, des normes techniques visant à éviter les barrières non tarifaires déguisées et des règles précises visant à éviter l'usage de subventions créant des distorsions sur le commerce. Il s'avère toutefois présomptueux d'affirmer pouvoir qualifier avec certitude les préférences du Mexique en matière de précision, compte tenu de l'influence de l'ALÉ dans le texte de l'ALENA et de l'importance de cette question pour le Canada et les États-Unis. Il est néanmoins possible d'avancer que le Mexique recherchait un niveau de précision au moins modéré. Les caractéristiques établies nous amènent à qualifier de modéré le niveau de légalisation recherché par le Mexique, correspondant au *design 5* (O↑, P-, D-). Nous émettons toutefois une sérieuse réserve puisque les niveaux de délégation et de précision demeurent ambigus.

3.2.5. *Nature du design institutionnel obtenu*

Si, au départ, les confrontations se sont le plus souvent produites entre les États-Unis et l'un ou l'autre des petits partenaires, l'impatience du Mexique à conclure un accord l'a amené à se rapprocher sensiblement des positions américaines. Ce rapprochement a permis de parvenir à des compromis entre les États-Unis et le Mexique dans quelques secteurs, mais a aussi mené à un front commun de ces deux partenaires contre le Canada sur certains enjeux, dont le textile et les marchés publics. Le Canada s'est montré beaucoup plus réticent que le Mexique face aux demandes des États-Unis, d'une part, parce qu'il avait l'expérience de cette négociation et, d'autre part, parce qu'il pouvait se rabattre sur l'ALÉ lorsque les demandes des États-Unis apparaissaient démesurées.

⁸⁴ SERRA PUCHE, Jaime. «Principios para negociar el tratado de libre comercio de América del Norte.», discours prononcé devant le Sénat mexicain, Mexico, D.F., le 13 mars 1991, et reproduit dans *Comercio exterior*, vol. 41(7), juillet 1991, p. 653-57.

Nous avons établi que le niveau de légalisation de l'ALENA correspondait au *design 4* (O↑, P↑, D-) de notre échelle de classification. Comme au moment de la conclusion de l'ALÉ, ce niveau concorde avec les préférences canadiennes et ne contredit pas les préférences mexicaines. Le maintien de la procédure contraignante de règlement des différends du chapitre 19 explique en grande partie l'écart entre les préférences américaines et le résultat obtenu quant au niveau de légalisation. Il importe de préciser que cette répartition des gains et des pertes en matière de design institutionnel n'est pas le reflet de la répartition des gains résultant de la négociation complète de l'ALENA.

De façon générale, la forme et le contenu de l'ALENA sont grandement inspirés de l'ALÉ, le Mexique ayant été incorporé aux dispositions⁸⁵. L'ALENA n'a rien perdu de la précision développée pendant la négociation de l'ALÉ. Certaines sections ont même gagné en précision et en clarté, notamment les règles d'origine, ce qui fait partie des préférences canadiennes. Le niveau d'obligation est également demeuré élevé, ce qui ne surprend pas, vu la nature de l'accord.

Le Canada a affirmé n'avoir perdu aucun bénéfice acquis sous l'ALÉ, lui permettant ainsi de conserver le soutien national à l'accord⁸⁶. Cette dernière remarque mérite toutefois d'être nuancée quelque peu. En réalité, le Canada a fait peu de gains dans cette négociation, mais sa présence à la table lui a permis de maintenir certains privilèges acquis de sa relation commerciale avec les États-Unis, tout en s'assurant que le Mexique ne devenait pas un endroit plus attrayant pour les activités de commerce et d'investissement. À titre d'exemple, le Canada a manœuvré pour conserver son système de gestion de l'offre en agriculture, l'exemption de la culture des transactions commerciales et les panels binationaux comme mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs.

Si le Canada a réussi à conserver le mécanisme de règlement des différends du chapitre 19, l'introduction de celui-ci sur une base permanente constitue pourtant un recul pour ce

⁸⁵ MCKINNEY, Joseph A., *op. cit.*, p. 9.

⁸⁶ CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, pp. 176-7.

dernier, puisqu'elle évacue l'obligation de négocier, dans un délai déterminé, l'élaboration d'un nouveau régime réglementaire pour l'application des droits antidumping et compensateurs entre les partenaires à l'accord⁸⁷. En effet, l'article 1907 de l'ALÉ était beaucoup plus contraignant que son équivalent dans l'ALENA, puisqu'il établissait clairement l'obligation des Parties à « élaborer une discipline et des règles plus efficaces concernant l'utilisation des subventions gouvernementales » et « un nouvel ensemble de règles concernant la fixation des prix inéquitables et les subventions gouvernementales⁸⁸ ». Sous l'ALENA, les Parties conviennent de se consulter « sur la possibilité d'élaborer des règles et des disciplines plus efficaces⁸⁹ ». Le niveau d'obligation de cette disposition spécifique a subi une diminution, qui s'inscrit clairement dans les préférences américaines. Ce faisant, le Canada s'est éloigné de son objectif de départ de sécuriser son accès au marché américain en réduisant, sinon en éliminant, le recours arbitraire à l'application de droits antidumping et compensateurs par les États-Unis pour les produits canadiens⁹⁰.

L'obstination du Canada lui aura tout de même permis d'empêcher l'inclusion de la procédure proposée par les États-Unis et appuyée par le Mexique, qui aurait permis qu'une décision d'un groupe binational puisse être suspendue et transférée devant un tribunal national. Cette procédure d'appel en quelque sorte aurait contribué à l'affaiblissement du mécanisme. Enfin, bien que le Mexique ait consenti à d'importantes réformes législatives en 1986 afin de se conformer aux règles du GATT, ses lois commerciales et ses procédures administratives ne lui permettaient pas de s'intégrer au système de révision des décisions par des groupes spéciaux binationaux sans que des amendements supplémentaires ne soient apportés⁹¹.

⁸⁷ Les propos tenus après l'entrée en vigueur de l'accord par le négociateur en chef du Canada pour l'ALENA laissent entendre que les représentants canadiens ne se réjouissent pas de l'introduction sur une base permanente de ce mécanisme et continuent de penser qu'une révision du régime de recours commerciaux devrait avoir lieu. WEEKES, John. «The NAFTA Treaty and the Question of Expansion: Views of the Negotiators (II).» dans Richard STARR (dir.), *op. cit.*, p. 36.

⁸⁸ *Accord de libre-échange Canada – États-Unis*, article 1907(1).

⁸⁹ *Accord de libre-échange nord-américain*, article 1907(2).

⁹⁰ LIPSEY, Richard G., Daniel SCHWANEN et Ronald J. WONNACOTT, *op. cit.*, pp. 34-7.

⁹¹ STINSON, M. H. Yvonne. «Mexico and Dispute Settlement.», dans le cadre de la conférence *Free Trade @ ten*, tenue à Montréal, les 4 et 5 juin 1999 et reproduit dans L. Ian MACDONALD (dir.), *op. cit.*, pp. 186-8.

L'ajout d'une procédure contraignante de règlement des différends au chapitre sur l'investissement constitue un gain pour le Canada et les États-Unis au détriment du Mexique. La doctrine Calvo prévalait au Mexique jusqu'à la négociation de l'ALENA, signifiant que les seuls recours des investisseurs étrangers au Mexique étaient les tribunaux nationaux, appliquant la législation mexicaine. À la suggestion des États-Unis, l'ALENA établit que les Parties lésées pourront avoir recours à l'arbitrage international si les obligations de l'accord n'étaient pas respectées⁹². L'extension de la procédure de règlement des différends aux services financiers contribue également au renforcement institutionnel de l'accord. Ces deux nouveaux mécanismes rejoignent à la fois les préférences canadiennes pour des procédures contraignantes basées sur des règles claires et les préférences américaines pour des mécanismes protégeant les intérêts de ses investisseurs face au nouveau partenaire dont les normes et les procédures diffèrent.

Sans surprise, nous avons constaté qu'il n'est pas fait mention des institutions proprement dites de l'ALENA, bâties sur le modèle de celles de l'ALÉ, dans la littérature portant sur les négociations. Nous pouvons donc affirmer que celles-ci n'ont pas fait l'objet de tractations et qu'il existait un consensus clair entre les Parties sur le type d'institutions recherché pour veiller à la mise en œuvre de l'accord. L'État puissant comme les petits partenaires ont rejeté toute forme de délégation de pouvoir à une tierce Partie, préférant conserver le dernier mot sur les décisions ultérieures concernant l'évolution de l'accord et s'en remettant au consensus pour les décisions liées à son fonctionnement et à son interprétation.

Nous nous retrouvons à nouveau face à une situation où le cadre opératoire établit une concordance entre le design obtenu et les préférences canadiennes, alors que l'analyse démontre un certain nombre de divergences. D'un point de vue global, on peut tout de même affirmer que le résultat des négociations rejoint les préférences du Canada en terme de design institutionnel, dans la mesure où la structure de l'ALÉ a été maintenue. Malgré

⁹² NYMARK, Alan. «NAFTA opens global prospects for Canada.», note d'allocation pour une conférence du Conseil canadien pour les Amériques, tenue à Toronto le 11 septembre 1992, et reproduite dans *Canadian Speeches*, vol. 6(10), février 1993, p. 20. M. Nymark faisait partie de l'équipe canadienne de négociations de l'ALENA.

une différence de trois ou quatre échelons entre les préférences américaines et le résultat obtenu, les États-Unis sont loin d'être perdants dans cette négociation. Cette différence est due essentiellement au maintien de la procédure contraignante du chapitre 19. Cet enjeu a bien engendré quelques frictions, mais il n'a pas mené au point de rupture des négociations comme ce fut le cas dans l'ALÉ. Enfin, le Mexique y trouve également son compte, puisque le niveau de légalisation retenu permet un encadrement de l'application des recours commerciaux des États-Unis, sans porter atteinte à la souveraineté de l'État.

3.3. Analyse des résultats

À la lumière des résultats obtenus par l'étude des préférences des Parties à l'ALÉ et à l'ALENA pour un design institutionnel, nous constatons l'inadéquation entre l'hypothèse et l'étude de cas. En effet, alors que l'hypothèse prévoit que, dans un contexte asymétrique, le design institutionnel de l'accord sera davantage fonction des préférences de l'État puissant, le résultat de notre analyse se rapproche davantage des préférences des États faibles. Nous avons constaté qu'il ne s'agit pas d'un résultat clairement tranché, l'État puissant ayant tout de même fortement influencé le résultat final, notamment en circonscrivant les décisions contraignantes des groupes binationaux à deux secteurs d'activité spécifiques, soit l'application des droits antidumping et compensateurs et l'investissement. Toutefois, l'asymétrie de pouvoir ne semble pas avoir eu l'effet théorique escompté. On peut donc supposer que d'autres facteurs ont également influencé la détermination du design institutionnel de l'ALENA.

3.3.1. *Asymétrie*

Bien que le résultat de l'analyse diffère de l'hypothèse, on peut tout de même affirmer que l'asymétrie de pouvoir entre les Parties a grandement influencé les négociations et la conclusion de l'accord. L'attitude et les préférences des États parties pendant la négociation concordent d'ailleurs avec le cadre théorique. L'étude de cas démontre que les États faibles recherchent effectivement une légalisation plus forte que l'État puissant, pour encadrer l'application des lois de celui-ci et s'assurer du respect des compromis négociés. Les États faibles craignent toutefois les coûts de souveraineté découlant d'un niveau élevé de légalisation, qui leur donnent l'impression d'accroître leur dépendance face à l'État puissant. Ce dernier rejette quant à lui toute atteinte à sa souveraineté et cherche à conserver son rapport de force par des mécanismes de résolution de conflits faisant appel à la médiation politique. Dans ce contexte, on comprend que la délégation d'autorité politique à une tierce partie n'ait pas fait l'objet de discussions, les Parties à l'accord ayant chacune leurs raisons de refuser ce type de délégation.

L'étude des préférences des Parties à l'ALÉ et à l'ALENA démontre également l'influence de l'État puissant sur le design institutionnel obtenu. Il ressort clairement des préférences du Canada que celui-ci visait un niveau de légalisation plus élevé, qui se serait traduit par un niveau supérieur de délégation judiciaire. Le Canada espérait notamment mettre en place un mécanisme général contraignant de règlement des différends. Aux yeux du Canada, un tel mécanisme aurait été à l'abri des pressions politiques et lui aurait justement servi à protéger sa souveraineté et à aplanir les disparités de pouvoir existantes⁹³. Comme le fait remarquer Michael Hart, le Canada aurait certainement bénéficié d'institutions indépendantes plus fortes, bien que, du point de vue officiel, les autorités se soient réjouies de l'absence d'une lourde bureaucratie pour gérer l'accord⁹⁴. Cette constatation s'applique également au Mexique, bien que ses préférences institutionnelles soient moins bien définies.

Selon l'analyse de McCall Smith, plus l'asymétrie est importante entre les Parties, moins le niveau de légalisation sera élevé, puisque primeront les préférences de l'État puissant, peu enclin à délaissier son pouvoir discrétionnaire⁹⁵. L'adéquation n'est toutefois pas parfaite dans le cas de l'ALENA, auquel est attribué un niveau modéré de légalisation, malgré l'ampleur de l'asymétrie constatée. Cette variation a été expliquée en grande partie par la valeur modérée attribuée à la variable délégation. La variable précision n'a cependant pas reçu beaucoup d'attention, alors que sa contribution à la qualification du niveau de légalisation est significative.

L'étude des préférences des Parties a fait ressortir peu d'éléments expliquant le niveau élevé de précision. Celui-ci constitue pourtant un élément essentiel du design institutionnel particulier de l'ALÉ et de l'ALENA, qui résulte, selon Louis Bélanger, de l'importance de l'asymétrie de puissance entre les trois Parties à l'accord. Cet auteur suggère que le haut niveau de précision est une préférence de l'État puissant, utilisé comme alternative à la

⁹³ HART, Micheal. «Dispute Settlement and the Canada – United States Free Trade Agreement.» dans Fakhari SIDDIQUI (dir.). *The Economic Impact and Implications of the Canada – U.S. Free Trade Agreement*. Lewiston, M.E.: Edwin Mellen Press, 1991, p. 138.

⁹⁴ *Id.* *Decision at Midnight: Inside the Canada – U.S. Free Trade Negotiations*. Vancouver, B.C.: UBC Press, 1994, p. 380.

⁹⁵ MCCALL SMITH, James. «The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts.» *International Organization*, vol. 54 (1), 2000, pp. 137-80.

délégation d'autorité et à la gouvernance par une tierce partie⁹⁶. Cette solution permet à l'État puissant de conclure un accord sans abandonner son pouvoir discrétionnaire, tout en offrant aux États faibles une forme d'assurance pour contrer l'incertitude liée au respect de l'accord. La précision devient particulièrement importante pour soustraire certains domaines d'activité à la libéralisation des marchés. Pensons notamment aux secteurs de la culture, de la santé, des services sociaux et de l'éducation pour le Canada, et au secteur énergétique pour le Mexique.

L'asymétrie est également visible entre les deux États faibles, le Canada et le Mexique. Au-delà de l'objectif général de sécuriser leur accès au marché américain, leurs objectifs dans la négociation de l'ALENA diffèrent profondément, en raison de la structure de leur économie et de leur niveau de développement respectifs. Ces divergences ont empêché la formation d'alliances entre les deux États faibles pour faire contrepoids aux demandes de l'État puissant. Les États-Unis ont donc pu exploiter cette situation à leur avantage et obtenir des concessions de part et d'autre.

On remarque donc que l'asymétrie a fortement influencé la relation entre les Parties pendant la négociation, mais que d'autres facteurs doivent également être considérés pour expliquer l'inadéquation entre le modèle théorique et le résultat obtenu.

3.3.2. *Autres facteurs à considérer*

En plus de l'asymétrie de pouvoir, les auteurs Cameron et Tomlin ont identifié quelques facteurs qui ont influencé les négociations de l'ALENA et son contenu final. Il s'agit des institutions politiques nationales contrastantes, des différences dans les alternatives des Parties, du contrôle de l'échéancier et de l'attitude des trois gouvernements face au risque⁹⁷. Dans le cas du design institutionnel, l'échéancier et les alternatives possibles ont clairement joué à l'avantage du Canada.

⁹⁶ BÉLANGER, Louis. « Vers une communauté nord-américaine? Asymétrie et institutions communes au sein de l'ALENA. » dans Martine AZUELOS, Maria Eugenia COSIO-ZAVALA et Jean-Michel LACROIX (dir.). *Intégration dans les Amériques : dix ans d'ALENA*. Paris : Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, pp. 96-7.

⁹⁷ CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN, *op. cit.*, pp. 15-7.

L'échéancier déterminé par la procédure d'autorisation accélérée a beaucoup influencé la conclusion des négociations, tant dans le cas de l'ALÉ que dans celui de l'ALENA, et a servi les intérêts canadiens. La loi américaine prescrit un délai de 90 jours entre la conclusion d'un accord et sa signature. La fin des deux négociations a été précipitée par l'obligation des États-Unis de conclure un accord avant l'expiration du délai fixé par la procédure. Dans le cas de l'ALÉ, la suspension des négociations décrétée par le Canada à quelques jours de l'échéance a donné un nouveau souffle à la négociation et amené les États-Unis à accepter un niveau de délégation plus élevé que souhaité.

Lorsque la ronde finale de négociations de l'ALENA s'est engagée en août 1992, alors qu'un grand nombre d'éléments demeuraient en suspens, les États-Unis sont devenus nerveux, pressés de conclure l'accord pour qu'il soit signé avant l'élection présidentielle du mois de novembre suivant. En raison du changement de dynamique instauré par l'impatience américaine, le Canada a finalement obtenu un accord plus favorable que ce qui était pressenti. Comme l'a commenté un négociateur mexicain : « *We Mexicans did not have a good sense of timing. We were in a hurry from Dallas [février 1992] onward. The U.S. were in a hurry in July and August [1992], at the end. Canada was never in a hurry.*⁹⁸ »

Dans les deux négociations, le Canada disposait d'une alternative viable lui permettant de résister aux concessions qui lui apparaissaient démesurées. Dans le cas de l'ALÉ, l'absence d'accord s'avérait moins dommageable d'un point de vue politique que la conclusion d'un accord comprenant plusieurs concessions douloureuses, sans que ne soit garanti le respect des compromis négociés. Par la suite, le Canada pouvait se replier sous le régime de l'ALÉ, ce qui demeurait préférable à la négociation d'un accord trilatéral moins avantageux.

Les institutions politiques contrastantes ont donné un avantage aux États-Unis dans la négociation. L'obligation d'obtenir l'approbation du Congrès fournissait aux négociateurs américains des arguments de poids pour refuser certaines concessions tout en tentant d'en extraire de plus grandes de la part de ses partenaires. Ni le Canada ni le Mexique ne

⁹⁸ *Ibid.*, p. 234.

pouvaient se rabattre sur la nécessité de faire approuver l'accord par ses institutions politiques. Pour le premier ministre du Canada, bien que sensible à l'opinion publique en raison des tests électoraux périodiques, obtenir l'aval du Parlement s'avère une formalité, dans la mesure où le parti au pouvoir forme un gouvernement majoritaire et où la discipline de parti est respectée. Au Mexique, la faiblesse des institutions politiques, caractérisée par 70 ans de pouvoir ininterrompu du Parti de la révolution institutionnelle (PRI), ne permettait pas aux négociateurs mexicains d'utiliser ce prétexte pour refuser les concessions exigées.

Malgré cet avantage non négligeable, les États-Unis ont tout de même accepté, deux fois plutôt qu'une, la présence d'un mécanisme bilatéral contraignant qui encadre l'application des lois nationales de l'État et ce, en dépit des menaces formulées par le Congrès qui ne ratifierait jamais un accord contraignant la capacité de l'État à adopter et à appliquer ses lois. À ce sujet, Judith Goldstein propose une explication intéressante⁹⁹. Le président américain n'a pas droit de veto sur les décisions des tribunaux administratifs nationaux en matière de droits antidumping et compensateurs. L'institution de groupes binationaux lui permet alors de contrôler une bureaucratie réputée protectionniste. L'ALÉ autant que l'ALENA disposent de deux mécanismes distincts de règlement des différends, l'un contraignant, l'autre pas. Goldstein explique ainsi cette différence : « *Where the President has control over the final adjudication of a trade law, disputes are settled in a more political setting [chapitre 20]. But in the areas in which the executive does not have discretionary authority – CVD and AD cases – the United States agreed to binding international dispute-resolution panels [chapitre 19]*¹⁰⁰. »

Dans le cas du Congrès, c'est plutôt la procédure d'autorisation accélérée qui peut expliquer son acceptation du mécanisme contraignant, malgré le poids des groupes de pression. Le Congrès n'a pas l'autorité de renégocier à la pièce certains éléments de l'accord et dans l'ensemble, l'ALÉ était rédigé de façon à plaire à une majorité de ses

⁹⁹ GOLDSTEIN, Judith. «International Law and Domestic Institutions: Reconciling North American "Unfair" Trade Laws.» *International Organization*, vol. 50(4), 1996, pp. 541-64.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 559.

membres. Goldstein suggère également que la procédure d'autorisation accélérée est un moyen légitime pour le Congrès de se soustraire à l'influence des groupes de pression¹⁰¹.

Enfin, il est intéressant de voir comment l'approche théorique « gagnants et perdants » de Gruber s'applique à la présente étude de cas. Le Canada a choisi de se joindre à la négociation entre les États-Unis et le Mexique, par crainte des pertes qu'il aurait pu encourir en demeurant à l'extérieur. Ce faisant, le Canada a quelque peu rétabli l'ordre préalable, en présentant la négociation comme une extension de l'accord existant, de sorte que le Mexique est devenu le « perdant », celui qui souhaite accéder au nouveau système de coopération. Gruber précise que les États qui sont à l'origine de l'entente choisissent le design de la nouvelle institution et se positionnent pour imposer ce design aux autres partenaires. Dans le cas de l'ALENA, comme c'est le design institutionnel de l'ALÉ qui a prévalu en grande partie, on peut dire que le Mexique s'est fait imposer la structure institutionnelle décidée par les États qui étaient à l'origine de l'entente.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 561.

CONCLUSION

Au cours de notre analyse, nous avons pu observer la non concordance entre l'hypothèse avancée et le résultat obtenu à l'issue de l'étude de cas. L'hypothèse prévoyait une adéquation entre la nature du design obtenu et les préférences de l'État puissant. La nature du design institutionnel de l'ALENA, qui présente un degré élevé d'obligation, un degré élevé de précision et un degré modéré de délégation, se rapproche davantage des préférences établies pour le Canada et pour le Mexique que de celles des États-Unis. L'ALENA respecte toutefois certains postulats établis pour poser l'hypothèse. Première constatation, il rencontre les exigences d'un design contraignant, deux des trois variables, dont la variable obligation, affichant une valeur élevée. Le postulat de départ, qui mentionnait que les États faibles préfèrent les formes plus légalisées de design institutionnel et les États puissants, les formes moins légalisées, se trouve aussi confirmé par le cas de l'ALENA. Il a également été possible de constater que les États faibles de notre étude de cas tendent à présenter des préférences similaires, malgré les différences importantes existant entre le Canada et le Mexique. Les renseignements colligés sur les préférences du Mexique étant approximatifs, nous devons toutefois accueillir cette observation avec prudence.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les résultats obtenus méritent d'être nuancés. Bien que trois échelons séparent le niveau de légalisation obtenu (*design 4*) du niveau de légalisation souhaité par les États-Unis (*design 7*), dans l'ensemble, les préférences de l'État puissant en ce qui a trait au cadre institutionnel de l'ALENA ont été satisfaites en matière d'obligation, de précision et d'absence de délégation politique consentie à une tierce partie. C'est précisément sur la question de la délégation judiciaire octroyée par le mécanisme spécifique de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs que les préférences des États-Unis n'ont pas été accomplies. Il importe de rappeler que la classification proposée est limitée aux niveaux de légalisation contraignants, la variable obligation conservant une valeur élevée dans l'ensemble des

combinaisons proposées. Les variations d'un niveau à l'autre sont donc beaucoup plus subtiles que si la grille d'analyse avait couvert l'ensemble du spectre de la légalisation¹.

Dans un même ordre d'idées, malgré la concordance observée entre la nature du design institutionnel de l'ALENA et les préférences du Canada et du Mexique, l'analyse empirique démontre un résultat plus nuancé. Le Canada comme le Mexique ont dû faire des concessions importantes par rapport à leurs préférences, en acceptant notamment que l'accord ne comporte pas de mécanisme de règlement des différends global contraignant et en renonçant à faire accepter la définition d'un nouveau régime bilatéral ou nord-américain d'application des recours commerciaux. Ici encore, la grille d'analyse ne nous permet pas de faire une distinction plus fine, puisqu'on ne pouvait qualifier d'élevé le niveau de délégation souhaité par le Mexique et le Canada, ni l'un ni l'autre ne recherchant une quelconque forme de délégation politique dans l'élaboration du cadre institutionnel.

La divergence entre le résultat et l'hypothèse peut donc être attribuable, en partie du moins, à la grille d'analyse utilisée. L'introduction de l'attribut modéré a pour effet de diversifier les combinaisons, mais peut également avoir l'effet pervers de créer une catégorie très vaste qui inclut toutes les situations où le résultat est moins clairement tranché. Le niveau de légalisation attribué à chaque combinaison et l'ordonnement de celles-ci pourraient toujours être contestés, bien que nous ayons pris le soin d'appliquer la règle de la variable prépondérante. De plus, les valeurs attribuées à chaque variable, tant pour définir le niveau de légalisation du design institutionnel de l'ALENA que celui des préférences des États Parties à la négociation, comportent une part d'analyse subjective. Un autre chercheur pourrait fort bien contredire ces résultats et attribuer des valeurs différentes aux variables utilisées. Notre analyse accorde une grande importance au mécanisme de règlement des différends contraignant du chapitre 19, qui influence la valeur globale attribuée à la variable délégation. D'autres chercheurs pourraient amoindrir l'influence de ce mécanisme et envisager les mécanismes de délégation de l'accord dans une perspective plus globale.

¹ Voir le *Tableau 1 – Classification des niveaux de légalisation contraignants*, à la section 1.2.1.2.

À preuve, l'analyse du cadre institutionnel de l'ALENA réalisée par les auteurs Mace et Bélanger accorde une valeur faible à la variable délégation. Du coup, le design institutionnel de l'accord s'en trouve changé, passant du *design 4* (O↑, P↑, D-) au *design 7* (O↑, P↑, D↓) de notre tableau de classification, modifiant également le niveau de légalisation de l'accord qui passe de modéré à faible. Cette simple modification aurait entraîné une conclusion toute autre, puisqu'il y aurait alors eu concordance entre l'hypothèse et l'étude de cas, la nature du design institutionnel obtenu correspondant davantage aux préférences de l'État puissant qu'à celle de l'État faible. Il aurait alors été tout aussi nécessaire de nuancer ce résultat, comme nous le constatons avec notre étude de cas.

L'asymétrie explique donc en grande partie le design institutionnel de l'ALENA. Il n'en demeure pas moins que les États faibles ont effectivement obtenu gain de cause sur l'instauration d'un mécanisme de règlement des différends contraignant en matière de droits antidumping et compensateurs et ce, au détriment des préférences de l'État puissant. C'est principalement sur cette délégation judiciaire octroyée aux institutions de l'ALENA que l'étude de cas diffère du cadre théorique. Nous avons analysé brièvement à la fin du dernier chapitre les autres facteurs pouvant expliquer cette acceptation par l'État puissant d'un niveau de légalisation plus élevé que celui qui était souhaité. L'échéancier imposé par l'expiration de la procédure d'autorisation accélérée explique en partie cette situation, tout comme la position ferme du Canada sur cet enjeu, posée comme condition incontournable à la conclusion d'un accord.

L'explication fournie par Judith Goldstein pour justifier la décision des États-Unis, basée sur la dynamique américaine particulière de rapports de force existant entre le président, le Congrès, la bureaucratie et les groupes de pression, propose une avenue intéressante. Celle-ci s'inscrit dans l'approche du choix rationnel puisque la décision des États-Unis d'accepter une procédure de règlement des différends contraignante répondrait alors à des intérêts qui lui sont propres. Enfin, on pourrait également alléguer que le mécanisme du chapitre 19, bien que fonctionnant relativement bien, a démontré qu'il pouvait être contourné, comme l'a prouvé le cas du bois d'œuvre, en laissant traîner en longueur les

procédures, en autorisant des renvois multiples d'une décision auprès des organismes d'enquête nationaux ou encore, en omettant de se conformer aux décisions rendues. Dans ce dernier cas, la délégation judiciaire finit par céder la place à la négociation politique entre les Parties en cause. Compte tenu de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent toujours le Canada et le Mexique face aux États-Unis, les recours de ces deux États s'en trouvent limités.

Malgré l'inadéquation entre l'hypothèse et le résultat, il ressort de notre analyse que les préférences de l'ensemble des Parties en matière de design institutionnel ont été grandement comblées lors de la négociation. Ce n'est donc pas à ce niveau qu'il faut chercher les causes de l'inadaptation de l'accord puisque son cadre institutionnel semble répondre aux objectifs recherchés par les États parties. À cet effet, Lloyd Gruber propose une issue intéressante pour expliquer la paralysie de l'ALENA en suggérant qu'un niveau élevé de précision constitue une menace pour la longévité d'un accord, incapable de s'adapter aux conditions changeantes du système international :

But some degree of imprecision or incompleteness is inherent in all agreements, at least all those intended to endure for more than a very short period of time. In a world of rapid political, economic, and technological change, it is simply not possible to determine ahead of time which types of conflicts and questions will arise over the lifetime of a long-term contractual relationship between two states. And even if it were, the contracting parties (i.e., the individuals who preside over the governments of these states) would not necessarily have the information, let alone the time, to specify appropriate responses for each one².

Le niveau élevé de précision est présenté par Louis Bélanger comme le compromis acceptable par les États-Unis pour éviter un niveau élevé de délégation. L'effet sur le niveau de légalisation de l'accord est moindre, puisque deux variables sur trois conservent tout de même un niveau élevé, mais les effets sur son évolution sont majeurs. Cette décision fait toute la différence entre un accord ouvert et un accord fermé³.

² GRUBER, Lloyd. *Ruling the World – Power politics and the rise of supranational institutions*. Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 2000, pp. 72-3.

³ BÉLANGER, Louis. « Vers une communauté nord-américaine? Asymétrie et institutions communes au sein de l'ALENA. » dans Martine AZUELOS, Maria Eugenia COSIO-ZAVALA et Jean-Michel LACROIX (dir.). *Intégration dans les Amériques : dix ans d'ALENA*. Paris : Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, pp. 96-7.

L'objectif principal qui a soutenu la création de l'ALENA était de sécuriser le marché nord-américain, en assurant l'accès canadien et mexicain au marché américain, basé sur des règles claires assurant un environnement économique prévisible, et en permettant la création d'un bloc commercial en mesure de faire compétition aux blocs européen et asiatique. Sa vocation s'avère essentiellement économique, régulant et encadrant les échanges de produits et de services et l'investissement. Il n'a jamais été question d'en faire une union politique ou sociale⁴. Le poids de l'acteur américain en comparaison de celui de ses partenaires étant beaucoup trop disproportionné, une union plus poussée n'était pas une option intéressante pour des partenaires voulant conserver leur souveraineté sur leurs affaires internes et externes. La présence d'un joueur de l'importance des États-Unis est en soi une raison pour des partenaires plus petits, le Canada et le Mexique, mais également pour l'ensemble des pays du continent américain, de vouloir limiter la délégation politique octroyée à une institution internationale.

L'environnement mondial s'est grandement modifié au cours des vingt dernières années, mais le contexte asymétrique qui a fortement influencé l'élaboration de design institutionnel de l'ALÉ et de l'ALENA entre le milieu des années 80 et le milieu des années 90 existe toujours aujourd'hui. Il y a fort à parier que si l'ALENA était renégocié aujourd'hui, son contenu évoluerait certainement pour s'adapter au contexte actuel, mais sa structure institutionnelle demeurerait sensiblement la même ou s'orienterait vers une configuration à l'image du PSP. Les circonstances favorables créées par la négociation de l'ALENA, qui ont permis de lancer le grand projet de zone de libre-échange continentale, n'existent plus. Le projet d'intégration globale a cédé la place à une multiplication d'accords négociés à la pièce. Cette dynamique permet aux États puissants, au premier rang les États-Unis, de reprendre le contrôle sur les résultats et d'orienter le contenu des ententes sur les aspects spécifiques qui leur importent. Il est également envisageable que ce

⁴ Cette analyse a été avancée par ABBOTT, Frederick M. «NAFTA and the legalization of world politics: A case study.» *International Organization*, vol. 54(3), 2000, pp. 519-47. Elle a ensuite été reprise pour les besoins de leur étude par MACE, Gordon et Louis BÉLANGER, «What institutional design for North America?» dans Sidney WEINTRAUB, Alan M. RUGMAN & Gavin BOYD (dir.). *Free trade in the Americas: economic and political issues for governments and firms*. Cheltenham, UK et Northampton, MA, USA : Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 107-26.

mouvement permette l'émergence de nouveaux pôles régionaux et sous-régionaux à puissance variable.

Le but premier de l'ALÉ et de l'ALENA n'était pas de parvenir à une intégration économique entre les partenaires nord-américains, mais de faciliter la relation entre trois économies déjà fortement interdépendantes l'une de l'autre, par l'établissement de règles claires faisant l'objet d'un consensus⁵. Le contenu des accords est clairement orienté dans cette optique : procédures douanières bien définies, encadrement des recours commerciaux, mesures de sauvegardes et exceptions établies, absence d'institutions supranationales. Dans la poursuite de l'interrogation sur l'avenir de l'ALENA, il est nécessaire de s'interroger sur le type d'intégration voulue avant de proposer des modèles institutionnels qui pourraient très bien ne pas convenir aux fins recherchées.

⁵ WEEKES, John. «The NAFTA Treaty and the Question of Expansion: Views of the Negotiators (II).» dans Richard STARR (dir.). *Hemispheric Trade and Economic Integration After NAFTA. Proceedings of the Indianapolis Summit, December 6-7, 1994*. Indianapolis : Competitiveness Center of Hudson Institute; Vancouver : The Fraser Institute, 1995, pp. 34-5.

BIBLIOGRAPHIE

ABBOTT, Frederick M. «NAFTA and the legalization of world politics: a case study.» *International Organization*, vol. 54(3), 2000, pp. 519-47.

ABBOTT, Frederick M. *Law and policy of regional integration: the NAFTA and western hemispheric integration in the World Trade Organization system*. Boston : M. Nijhoff Publishers, 1995.

ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL. «The concept of legalization.» *International Organization*, vol. 54 (3), 2000, pp. 401-19.

ABBOTT, Kenneth W. et Duncan SNIDAL. «Hard and soft law in international governance.» *International Organization*, vol. 54 (3), 2000, pp. 412-56.

ABBOTT, Kenneth W. et Duncan SNIDAL. «Why States Act through Formal International Organizations.» *Journal of Conflict Resolution*, vol. 42(1), 1998, pp. 3-32.

Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, 17 décembre 1992.

Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, 4 octobre 1987.

AGUILAR ZINSER, Adolfo. «Authoritarianism and North American Free Trade: The Debate in Mexico.» dans Ricardo GRINSPUN et Maxwell A. CAMERON (dir.). *The Political Economy of North American Free Trade*. Montréal : McGill-Queen's University Press, 1993, pp. 205-216.

APPLETON, Barry. *Navigating NAFTA: a concise user's guide to the North American Free Trade Agreement*. Scarborough: Carswell, 1994.

BARRY, Donald, Mark O. DICKERSON et James D. GAISFORD (dir.). *Toward a North American Community? Canada, the United States and Mexico*. Boulder, CO: Westview Press, 1995.

BATTISTELLA, Dario. *Théorie des relations internationales*. Paris : Presses de Science Po, 2003.

BAUCUS, Max. «A Congressional Perception.» dans Edward R. FRIED, Frank STONE et Philip H. TREZISE. *Building a Canadian-American Free Trade Area*. Washington : Brookings Institution ; Ottawa. Institute for research on public policy, 1987, pp. 18-23.

BÉLANGER, Louis. «NAFTA : An Unsustainable Institutional Design.» dans Gordon MACE, Jean-Philippe THERRIEN et Paul HASLAM (dir.). *Governing the Americas : Assessing Multilateral Institutions*. Boulder, Colo. : Lynne Rienner, 2007, pp. 195-212.

BÉLANGER, Louis. « Vers une communauté nord-américaine? Asymétrie et institutions communes au sein de l'ALENA. » dans Martine AZUELOS, Maria Eugenia COSIO-ZAVALA et Jean-Michel LACROIX (dir.). *Intégration dans les Amériques : dix ans d'ALENA*. Paris : Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, pp. 87-105.

BELLO, Judith H.. «Trade Agreement Retrospective : The Views of Three Senators.» dans Alan F. HOLMER (dir.). *Guide to the U.S.-Canada Free Trade Agreement*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall Law & Business, 1990, pp. 87-98.

BERNIER, Ivan et Martin ROY. «NAFTA and Mercosur : Two Competing Models?» dans Gordon MACE, Louis BÉLANGER & al. (dir.) *The Americas in transition : the contours of regionalism*. Boulder, Co. : Lynne Rienner, 1999, pp. 69-91.

BILDER, Richard B. «An Overview of International Dispute Settlement.» *Journal of International Dispute Resolution*, 1986, reproduit dans Mary Ellen O'CONNELL (dir.). *International Dispute Settlement*, Burlington, VT: Ashgate, 2002, pp. 3-34.

BØÅS, Morten et Desmond MCNEILL. *Multilateral Institutions : A Critical Introduction*. Pluto Press : London, 2003.

BRUNELLE, Dorval et Christian DEBLOCK (dir.). *L'Amérique du Nord et l'Europe communautaire : intégration économique, intégration sociale?*. Sainte-Foy : Presses de l'Université du Québec, 1994.

Cabinet du Premier ministre du Canada. « Le Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité : Prochaines étapes », *Communiqué*, 31 mars 2006.

Cabinet du Premier ministre du Canada. « Création du Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité », *Communiqué*, 23 mars 2005.

Cabinet du Premier ministre du Canada. « Déclaration commune sur un engagement pour notre avenir commun entre le Canada et le Mexique », *Communiqué*, 25 octobre 2004.

Comité permanent des affaires étrangères du Sénat du Canada. *Contrôle de l'application de l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis*. Fascicule no 22, Ottawa : Sénat du Canada, 27 mars 1990.

CAMERON, Duncan (dir.). *The Free Trade Papers*. Toronto: James Lorimer and Company, Publishers, 1986.

CAMERON, Maxwell A. et Brian W. TOMLIN. *The making of NAFTA : how the deal was done*. Ithaca, N.Y. : Cornell University Press, 2000.

CARNEY, Pat. «Canadian Trade at a Cross Roads.» dans Murray G. SMITH et Frank STONE (dir.). *Assessing the Canada – U.S. Free Trade Agreement*. Halifax, N.S. : Institute for Research on Public Policy, 1987, pp. 153-8.

del CASTILLO VERA, Gustavo. «Institutional Concerns and Mechanisms Developing from Tripartite Free Trade Negotiations in North America.» dans Stephen J. RANDALL, Herman KONRAD et Sheldon SILVERMAN (dir.). *North America Without Borders? Integrating Canada, the United States and Mexico*. Calgary: University of Calgary Press, 1992, pp. 41-54.

CLARKSON, Stephen. *Uncle Sam and Us : globalization, neoconservatism, and the Canadian state*. Toronto ; Washington : University of Toronto Press and Woodrow Wilson Center Press, 2002.

Commission du libre-échange de l'ALENA. *NAFTA – The Road Ahead*. Vancouver, 2007.

Commission du libre-échange de l'ALENA. *Déclaration conjointe – Dixième anniversaire de l'ALENA*, Montréal, 7 octobre 2003.

Commission du libre-échange de l'ALENA. *Déclaration conjointe des gouvernements de l'ALENA au sujet de la création, des activités et du premier ordre du jour du comité nord-américain sur le commerce de l'acier*, Montréal, 7 octobre 2003.

Commission du libre-échange de l'ALENA. *Déclaration conjointe – Faire fructifier un partenariat nord-américain*, Washington (D.C.), 31 juillet 2001.

CRÊTE, Raymonde et Stéphane ROUSSEAU. *Droit des sociétés par actions – Principes fondamentaux*. Montréal : Éditions Thémis, 2002.

CROWLEY, Julie. « Institutionnalisme néolibéral » et « Institutions internationales », dans Alex MACLEOD, Evelyne DUFAULT et F. Guillaume DUFOUR (dir.). *Relations internationales – Théories et concepts*. Outremont : Athéna, 2002, pp. 80-4.

Débats de la Chambre des communes : Hansard, vol. 129(87), 2^e session, 33^e législature, 16 mars 1987.

DOBSON, Wendy. «Shaping the Future of the North American Economic Space: A Framework for Action», *Commentary no 162*, Toronto: C.D. Howe Institute, 2002.

DOERN, Bruce et Brian TOMLIN. *Faith and Fear : The Free Trade Story*. Toronto: Stoddard, 1991.

DUFFIELD, John S. «The limits of “Rational Design”.» *International Organizations*, vol. 57(2), 2003, pp. 411-30.

EDEN, Lorraine et Maureen APPEL MOLOT. «The Views from the Spokes: Canada and Mexico Face the United States.» dans Stephen J. RANDALL, Herman KONRAD et Sheldon SILVERMAN (dir.). *North America Without Borders ? Integrating Canada, the United States and Mexico*. Calgary: University of Calgary Press, 1992, pp. 67-80.

ESSARY, Melissa A. «Can Mexico Be Incorporated into the Free Trade Agreement's Dispute Resolution Mechanisms?» dans Joseph A. MCKINNEY et M. Rebecca SHARPLESS (dir.). *Implications of a North American free trade region: multidisciplinary perspectives*. Ottawa: Carleton University Press; Don Mills: Oxford University Press Canada, 1992, pp. 93-133.

ÉTHIER, Diane, avec la collaboration de Marie-Joëlle ZAHAR. *Introduction aux relations internationales*. Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 2003.

FOSTER, John W. et John DILLON. « Le Canada et l'ALENA 10 ans plus tard. » dans Dorval BRUNELLE et Christian DEBLOCK (dir.). *L'ALENA : le libre-échange en défaut*. Montréal : Fides, 2004, pp. 211-39.

FRIED, Edward R., Frank STONE et Philip H. TREZISE (dir.). *Building a Canadian-American Free Trade Area*. Washington : Brookings Institution ; Ottawa. Institute for research on public policy, 1987.

GHERSON, Giles. «Washington's Agenda.» dans Duncan CAMERON (dir.). *The Free Trade Deal*. Toronto: James Lorimer & company, Publishers, 1988, pp. 1-15.

GOLDFARB, Danielle. «The Road to a Canada- U.S. Customs Union: Step-by-Step or in a Single Bound?» *C.D. Howe Institute Commentary 184*, juin 2003.

GOLDSTEIN, Judith. «International Law and Domestic Institutions: Reconciling North American "Unfair" Trade Laws.» *International Organization*, vol. 50(4), automne 1996, pp. 541-64.

Gouvernement du Canada. *North American Free Trade: An Overview and Description*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1992.

GRAYSON, George. *The North American free trade agreement*. New York : Foreign Policy Association, 1993.

GRINSPUN, Ricardo et Robert KREKLEWICH. «Institutions, power relations, and unequal integration in the Americas: NAFTA as deficient institutionally.» dans Kristen APPENDINI et Sven BISLEV (dir.). *Economic Integration in NAFTA and the EU*. New York: St Martin's Press, 1999, pp. 17-33.

GRUBER, Lloyd. *Ruling the World – Power politics and the rise of supranational institutions*. Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 2000.

HAKIM, Peter et Robert E. LITAN. *The future of North American Integration : beyond NAFTA*. Washington: Brookings Institute, 2002.

HART, Michael. *Decision at Midnight: Inside the Canada – U.S. Free Trade Negotiations*. Vancouver, B.C.: UBC Press, 1994.

HART, Micheal. «Dispute Settlement and the Canada – United States Free Trade Agreement.» dans Fakhari SIDDIQUI (dir.). *The Economic Impact and Implications of the Canada – U.S. Free Trade Agreement*. Lewiston, M.E.: Edwin Mellen Press, 1991, pp. 113-146.

HUFBAUER, Gary C. et Jeffrey J. SCHOTT. «The Prospects for Deeper North American Economic Integration: A U.S. Perspective.» *C.D. Howe Commentary 195*, 2004.

HUFBAUER, Gary C. et Jeffrey J. SCHOTT. *NAFTA: An Assessment*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1993.

HUFBAUER, Gary C. et Jeffrey J. SCHOTT. *North American Free Trade : Issues and Recommendations*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1992.

JOHNSON, Jon R. *The North American Free Trade Agreement : a comprehensive guide*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994.

JURADINI, Jorge. «NAFTA's Effects: A Mexican Analysis.» dans A.R. RIGGS et Tom VELK (dir.). *Beyond NAFTA : An economic, political and sociological perspective*. Vancouver: Fraser Institute. 1993, pp. 182-9.

KATZ, Julius L. «The NAFTA Treaty and the Question of Expansion:Views of the Negotiators (I).» dans Richard STARR (dir.). *Hemispheric Trade and Economic Integration After NAFTA. Proceedings of the Indianapolis Summit, December 6-7, 1994*. Indianapolis : Competitiveness Center of Hudson Institute; Vancouver : The Fraser Institute, 1995, pp. 23-30.

KELLEHER, James F. « Rapport du ministre du Commerce extérieur James Kelleher au Premier ministre. », 17 septembre 1985, reproduit dans Ministère des Affaires extérieures. *Négociations commerciales canadiennes : Introduction, documents de base, bibliographie*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 75-9.

KEOHANE, Robert O. *International Institutions and State Power. Essays in International Relations Theory*. Boulder, San Francisco & London: Westview Press, 1989.

KEOHANE, Robert O. *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1984.

KIRTON, John J. et Michael J. TREBILCOCK (dir.). *Hard choices, soft law : voluntary standards in global trade, environment, and social governance*. Aldershot, Hants, England; Burlington, VT: Ashgate, 2004.

KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL. «The rational design of international institutions.» *International Organizations*, vol. 55(4), 2001, pp. 761-99.

KOREMENOS, Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL. «Rational Design: Looking Back to Move Forward.» *International Organizations*, vol. 55(4), 2001, pp. 1051-82.

LAUN, Louis F. «The U.S. – Canadian Free Trade Negotiations: Historic Opportunities.» dans A.R. RIGGS et Tom VELK (dir.). *Canadian – American Free Trade: Historical, Political et Economic Dimensions*. Conference paper. The Institute for Research on Public Policy, 1987, pp. 237-43.

LAYTON, Robert. «Why Canada Needs Free Trade.» dans A.R. RIGGS et Tom VELK (dir.). *Canadian – American Free Trade: Historical, Political et Economic Dimensions*. Conference paper. The Institute for Research on Public Policy, 1987, pp. 229-35.

LIPSEY, Richard G., Daniel SCHWANEN et Ronald J. WONNACOTT. *The NAFTA : what's in, what's out, what's next*. Toronto : C.D. Howe Institute, 1994.

MACE, Gordon et Louis BÉLANGER. «What institutional design for North America?» dans Sidney WEINTRAUB, Alan M. RUGMAN & Gavin BOYD (dir.). *Free trade in the Americas: economic and political issues for governments and firms*. Cheltenham, UK et Northampton, MA, USA : Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 107-126.

MCCALL SMITH, James. «The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts.» *International Organization*, vol. 54 (1), 2000, pp. 137-80.

MCDERMID, John H. «Negotiating an Acceptable Agreement.» dans Edward R. FRIED, Frank STONE et Philip H. TREZISE. *Building a Canadian-American Free Trade Area*. Washington : Brookings Institution ; Ottawa. Institute for research on public policy, 1987, pp. 129-34.

MACDONALD, L. Ian (dir.). *Free trade : risks and rewards*. Montreal : Published for the McGill Institute for the Study of Canada by McGill-Queen's University Press, 2000.

MACKAAY, Ejan. *L'analyse économique du droit*, vol. I «Fondements», Montréal, Éditions Thémis, 2000.

MARTIN, Elizabeth A. et Jonathan LAW. *A Dictionary of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MARTIN, Lisa L. et Beth A. SIMMONS. «Theories and Empirical Studies of International Institutions.» *International Organization*, vol. 52(4), 1998, pp. 729-57.

MAXFIELD, Sylvia et Adam SHAPIRO. «Assessing the NAFTA Negotiations. U.S. – Mexican Debate and Compromise on Tariff and Nontariff Issues.» dans Carol WISE (dir.). *The post-NAFTA political economy: Mexico and the Western Hemisphere*. University Park, Penn. : The Pennsylvania State University Press, 1998, pp. 82-118.

MCKINNEY, Joseph A.. «NAFTA Turns Ten.» *Baylor Business Review*, vol. 21(2), 2004, pp. 34-40.

MCKINNEY, Joseph A.. *Created from NAFTA : the structure, function, and significance of the treaty's related institutions*. Armonk, N.Y. : M.E. Sharpe, 2000.

MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1998.

Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. *L'ALÉNA après dix ans : Une décennie de renforcement d'une relation dynamique*. Ottawa : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, 2003.

Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. « Déclaration conjointe de la Commission de l'ALENA. » *Communiqué n° 152*, Ottawa, 7 octobre 2003.

Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. « M. Pettigrew se félicite des interprétations adoptées à la réunion de la Commission de l'ALENA au sujet du chapitre 11. » *Communiqué n° 116*, Ottawa, 1^{er} août 2001.

MULRONEY, Brian. «Why Canada endorses North American free trade.» dans *Canadian Speeches*, vol. 5(3), mai 1991.

NYMARK, Alan. «NAFTA opens global prospects for Canada.» dans *Canadian Speeches*, vol. 6(10), février 1993.

Organisation mondiale du commerce. *Accord sur la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*.

OSTRY, Sylvia. «The NAFTA: Its International Economic Background.» dans Stephen J. RANDALL, Herman KONRAD et Sheldon SILVERMAN (dir.). *North America Without Borders? Integrating Canada, the United States and Mexico*. Calgary: University of Calgary Press, 1992, pp. 21-9.

PASTOR, Robert A. «North America's Second Decade». *Foreign Affairs*, vol. 83(1), 2004, pp. 124-35.

PASTOR, Robert A. *Toward a North American Community. Lessons from the Old World for the New*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 2001.

PATRY, Bernard. *Partenaires en Amérique du Nord : cultiver les relations du Canada avec les États-Unis et le Mexique*. Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, Ottawa : Parlement du Canada, 2002.

POITRAS, Guy. *Inventing North America : Canada, Mexico, and the United States*. Boulder : Lynne Rienner Publishers, 2001.

PORTER, Roger B. «The Negotiating Process : A Panel Discussion.» dans Mordechai KREININ (dir.). *Building a Partnership. The Canada – United States Free Trade Agreement*. East Lansing: Michigan State University Press, 2000, pp. 19-38.

RITCHIE, Gordon. *Wrestling with the elephant : the inside story of the Canada-US trade wars*. Toronto : Macfarlane Walter & Ross, 1997.

ROBERT, Maryse. *Negotiating NAFTA: explaining the outcome in culture, textiles, autos and pharmaceuticals*. Toronto: University of Toronto Press, 2000.

SALINAS de GORTARI, Carlos. «Free trade key to Mexico's place in new world order.» dans *Canadian Speeches*, vol. 5(3), mai 1991.

SALINAS de GORTARI, Carlos. «Cinco premisas sobre las relaciones comerciales con el exterior.» dans *Comercio exterior*, vol 40(6), juin 1990.

SALMON, Jean (dir.). *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles : Bruylant, 2001.

SERRA PUCHE, Jaime. «Principios para negociar el tratado de libre comercio de América del Norte.» dans *Comercio exterior*, vol 41(7), juillet 1991.

SERRA PUCHE, Jaime. «Lineamientos para una estrategia comercial.» dans *Comercio exterior*, vol 40(6), juin 1990.

SOLDATOS, Panayotis. « Évaluation critique du cadre institutionnel de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). » dans Christian DEBLOCK et al. *Du libre-échange à l'union politique : le Canada dans l'Accord de libre-échange nord-américain, la France dans le marché unique*. Paris : L'Harmattan, 1996, pp. 133-52.

SMITH, Murray G. et Frank STONE (dir.). *Assessing the Canada – U.S. Free Trade Agreement*. Halifax, N.S. : Institute for Research on Public Policy, 1987.

STEGER, Debra P. «The search for North American Institutions.» dans *Thinking North America*, no 1, Thomas J. COURCHESNE, Donald SAVOIE et Daniel SCHWANEN (dir.). *The Art of State*, vol. 2, Montréal: Institut de recherche en politique publique, 2005, pp. 77-89.

STINSON, M. H. Yvonne. «Mexico and Dispute Settlement.» dans L. Ian MACDONALD (dir.). *Free trade : risks and rewards*. Montreal : Published for the McGill Institute for the Study of Canada by McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 182-8.

WEEKES, John. «The NAFTA Treaty and the Question of Expansion: Views of the Negotiators (II).» dans Richard STARR (dir.). *Hemispheric Trade and Economic Integration After NAFTA. Proceedings of the Indianapolis Summit, December 6-7, 1994*. Indianapolis : Competitiveness Center of Hudson Institute; Vancouver : The Fraser Institute, 1995, pp. 31-40.

WEINTRAUB, Sidney. *NAFTA : what comes next?*. Westport, Conn. : Praeger, 1994.

WILSON, Michael. «Free Trade: Then and Now.» dans L. Ian MACDONALD (dir.). *Free trade : risks and rewards*. Montreal : Published for the McGill Institute for the Study of Canada by McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 207-10.

WILSON, Michael. «Why free trade critics are dangerous and dishonest.» dans *Canadian Speeches*, vol. 6(5), août/septembre 1992.

WINHAM, Gilbert R. «Dispute Settlement in NAFTA and the FTA.» dans Steven GLOBERMAN et Michael WALKER (dir.). *Assessing NAFTA : A Trilateral Analysis*. Vancouver, B.C. : The Fraser Institute, 1993, pp. 251-270.

WISMER, Donald T.. «Perspectives from Canada.» dans Karen ROBERTS et Mark I. WILSON (dir.). *Policy choices : free trade among NAFTA nations*. East Lansing : Michigan State University Press, 1996, pp. 7-13.

The White House. Office of the Press Secretary. *Towards a Partnership for Prosperity. Joint Statement by President George Bush and President Vicente Fox. The Guanajuato Proposal*, 16 février 2001.

YEUTTER, Clayton. «Rapport du représentant au Commerce des États-Unis, Clayton Yeutter, au Président concernant le commerce bilatéral.», 17 septembre 1985, reproduit dans Ministère des Affaires extérieures. *Négociations commerciales canadiennes : Introduction, documents de base, bibliographie*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 81-3.

Sources électroniques

Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. *Règlement des différends – ALENA – Chapitre 11 – Investissement*, [en ligne], <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-fr.asp> (page consultée le 13 avril 2008).

Organisation mondiale du commerce, *Glossaire*, [en ligne], http://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm (page consultée le 22 juillet 2008).

Secretaría de Economía de México, *Estadísticas de comercio e IED*, [en ligne], <http://www.economia.gob.mx/?P=2261> (page consultée le 25 mai 2008).

Secretaría de Economía de México, *Exportaciones totales de México 1993-2007*, [en ligne], http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/estadisticas/cuad_resumen/expmx_e.htm (page consultée le 25 mai 2008).

Secrétariat de l'ALENA. *Historique des révisions entreprises par les groupes spéciaux en vertu de l'ALENA et de l'ALE*, [en ligne], http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=437#cn_ch20c (page consultée le 13 avril 2008).

Statistique Canada, *Division du commerce international*, [en ligne], http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrkti/tdst/tdo/tdo.php (page consultée le 4 et le 20 mai 2008).

Sites Internet

Site du ministère canadien des Affaires étrangères et du Commerce international
www.dfait-maeci.gc.ca

Site du *Office of the United States Trade Representative*
www.ustr.gov

Site du *Secretaría de Economía de México*
www.economia.gob.mx

Site du Secrétariat de l'ALENA
www.nafta-sec-alena.org