

RQDI
Revue québécoise
de droit international

REVUE QUÉBÉCOISE DE DROIT INTERNATIONAL

QUEBEC JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

REVISTA QUEBEQUENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Table des matières

Introduction

Richard Ouellet et Stéphane Paquin 1

Études

Les hauts et les bas de la libéralisation du commerce entre le Canada et les États-Unis, du *Traité de réciprocité* de 1854 à l'*Accord de commerce Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM)* de 2020

Érick Duchesne et Martin Pâquet 5

Gouvernance multiniveau et négociations commerciales : le rôle du Québec et de l'Ontario dans la renégociation de l'*ALÉNA*, du *PTPGP* et de l'*AECG*

Stéphane Paquin et Laurence Marquis 21

Le rôle du gouvernement du Québec dans les négociations d'accords de libre-échange : le cas de l'*ACÉUM*

Frédéric Legendre et Laurie Durel 41

Sub-Federal Deliberative Exclusions and Free Trade: Mexico's Centralized Federalism and Weak Institutional Capacities

Marcela López-Vallejo et Jorge A. Schiavon 59

The Institutional Design of *CUSMA*: Improvement or Reversal *vis à vis* NAFTA?

Antonio Ortiz Mena L.N. et Jorge A. Schiavon 79

L'*ACÉUM* : un révélateur de la vraie nature du processus d'intégration économique en Amérique du Nord

Richard Ouellet 95

Synthèse des changements aux règles d'origine introduits par l'Accord Canada-États-Unis-Mexique

Florence G. Théberge et Étienne Hivon 115

L'Amérique du Nord, un espace toujours plus intégré. L'ACÉUM et la coopération réglementaire

Christian Deblock 131

Le chapitre sur le travail dans l'ACÉUM : un progrès par rapport à l'ANACT, des attentes à concrétiser

Sylvain Zini 157

Le traitement des produits culturels et la clause d'exemption culturelle dans l'ALÉNA et l'ACÉUM

Gilbert Gagné 179

L'ACÉUM et le commerce numérique

Rabii Haji et Patrick Leblond 197

Les nouvelles obligations du Canada en matière de produits laitiers

Geneviève Dufour et Michelle Hurdle 217

Le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord après l'Accord Canada-États-Unis-Mexique

Charles-Emmanuel Côté 237

Le Chapitre 33 de l'ACÉUM et la prise en compte de la monnaie dans un accord commercial : comment faire du neuf avec du vieux?

Micheline B. Somda, Delphine Ducasse, David Pavot 257

Revue québécoise de droit international Hors-série (mars 2022)

Comité de direction / Editorial Management

François Roch
Kristine Plouffe-Malette
Co-directeur.trice
Université du Québec à Montréal

Olivier Delas
Université Laval

Peter Leuprecht
Université du Québec à Montréal

René Provost
Université McGill

Stéphane Beaulac
Université de Montréal

Geneviève Dufour
Université de Sherbrooke

Comité de rédaction en chef / Editorial Staff

Vanessa Tanguay
Rédactrice en chef / Chief Editor

Andréanne Thibault
Priscilla Phan
Louise Lambert
Solenne Daigle
*Rédacteur.trice.s en chef adjoint /
Executive Editors*

Noémie Boivin
Louise Lambert
Gbandi Benjamin Dare
*Adjoint.e.s à la rédaction en chef /
Assistant Chief Editor*

André-Phillipe Ouellet
Amélie Gravel
Gabrièle Lavallée
Mamadou Faye
Kim Rozenfeld
Frédéric Pinard
Myriam Pigeon
Océane Donato
Tommy Simoneau
*Rédactrices aux évaluations
externes / External Review
Editors*

Kathryn Blanchette
Amélie Gravel
Camille Jean-Desnoyers
Carl Miguel Maldonado
Noémie Gervais
*Rédacteurs à l'édition /
Associate Editors*

Laurence R. Contant
Delphine Ducasse
Evelyne Dumas
Mamadou Faye
Éléonore Gauthier
Megan Lee
Priscilla Phan
Julien Simard
Carolyne Valois
*Rédacteurs à la révision finale /
Associate Editors –
Language Revision*

Kim Rozenfeld
Sophie Estienne
Intégration / Layout Editor

Sheila Suos
Angélique Labbadi
Camille Moquin
Phillipe Granger
Jessica Barrette
Alicia Tintelin
Stagiaires / Interns

Yasmine Berrached
Mathilde Néron-Caisse
Mélissa Paul-Battist
Félix Beauchemin
Gabriel Legendre
Claudia Valcarcel Acurio
Stagiaires / Interns

Evelyne Brunel
*Graphiste /
Graphic Designer*

Claudia Valcarcel Acurio
Phillipe Granger
Traducteurs-trices/Translator

Comité de lecture

Jacques-Yvan Morin
Université de Montréal
Président d'honneur

M. Frédéric Bachand
Université McGill

M. Alberto Costi
University of Wellington

Mme Lucie Lamarche
Université du Québec à Montréal

M. Jean-François Bonin
Ministère de la Justice
du Canada

M. Emmanuel Decaux
Université de Paris II -
Panthéon-Assas

Mme Anne-Marie La Rosa
Comité international de la
Croix-Rouge (CICR)

M. Jean D'Aspremont
Université d'Amsterdam

M. Daniel Dormoy
Université de Paris-Sud

M. Yves Le Bouthillier
Université d'Ottawa

M. Richard Dufour
Cabinet Dufour Mottet

Mme Isabelle Duplessis
Université de Montréal

M. Frédéric Mégret
Université McGill

Mme Jaye Ellis
Université McGill

M. Michel Bourbonnière
Ministère de la Justice
du Canada

M. Marco Sassóli
Université de Genève

Mme Paule Halley
Université Laval

M. Bernard Duhaime
Université du Québec à Montréal

Mme Geneviève Saumier
Université McGill

M. Pierre Bringuier
Université de Montpellier

M. Thierry Bourgoignie
Université du Québec à Montréal

M. William A. Schabas
Irish Center for Human Rights

M. Jean-Yves Carlier
Université Catholique
de Louvain

Mme Gaëlle Breton-Le Goff
Université du Québec à Montréal

M. Maurizio Arcari
Università Degli studi di Parma
Université de Milan Bicocca

M. Jean-Frédéric Morin
Université Libre de Bruxelles

Mme Nicolette Kost-de-Sèvre
DLA Piper

M. Jeffrey Talpis
Université de Montréal

M. Theodore Christakis
Université Grenoble II – Pierre
Mendès

Mme Marie-Françoise Labouz
Université de Versailles/
St-Quentin-en-Yvelines

M. Pierre Bosset
Université du Québec à Montréal

M. Carlos Ivan Fuentes
Université McGill

M. Vincent Chetail
Institut universitaire des Hautes
Études Internationales (Genève)

M. Antoni Pigrau Solé
Université Rovira i Virgili
(Tarragona)

Mme Carolina Loayza
Universidad Nacional Mayor de
San Marcos

Mme Ana Bijelic
Département juridique et sinistres
La Réunion aérienne

Mme Élise Groulx
Association internationale des
Avocats de la Défense

M. Evariste Sonon
Université du Québec à Montréal

M. Émile Derlin
Kemfouet Kengny
Université de Limoges

M. Didier Muamba Kabeya
Université Jean-Moulin (Lyon 3)

M. Philippe Kirsch
Juge ad hoc à la CIJ
Ancien Président de la CPI

M. David Luff
Université de Liège, Collège
d'Europe / U. Bocconi à Milan

M. Alain Vallières
Avocat / Chargé d'enseignement
Université de Montréal

Mme Cynthia Eid
Université de Montréal

La *Revue québécoise de droit international* est fière de pouvoir compter sur le support du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et du Fonds de recherche du Québec – Société et Culture.

Abonnements

Revue québécoise de droit international

Université du Québec à Montréal
Département des sciences juridiques
Case postale 8888, succ. Centre-Ville
Montréal, QC, Canada H3C 3P8
Téléphone : (514) 987-3000, poste 0242
Courriel : redactionenchef@rqdi.org

L'abonné(e) qui désire ne plus recevoir la revue est prié(e) de nous faire parvenir un avis à cet effet. Sans cet avis, l'abonnement expiré sera automatiquement renouvelé.

Indexation et reproduction

La Société québécoise de droit international autorise la reproduction, pour fins d'enseignement, des textes sur lesquels elle détient les droits, pourvu qu'il soit fait mention tant du nom de l'auteur que de celui de la *Revue québécoise de droit international*. La reproduction pour d'autres fins sera régie par le principe de l'utilisation équitable. Dans les autres cas, l'utilisateur éventuel devra obtenir une autorisation écrite.

©Société québécoise de droit international
ISSN 0828-9999

Dépôt légal, Bibliothèque nationale du Québec et dépôt légal, Bibliothèque nationale du Canada
1^{er} trimestre 2001

SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DE DROIT INTERNATIONAL

La Société québécoise de droit international (SQDI) est une association scientifique créée en 1982, dont le principal objectif est de favoriser la connaissance et le développement du droit international au Québec. Elle regroupe des internationalistes québécois et étrangers qui s'intéressent à l'enseignement, à la recherche et à la pratique dans le domaine du droit international, public et privé. Elle entretient des relations avec d'autres sociétés de droit international, particulièrement au sein de la francophonie.

La Société québécoise de droit international est responsable de la publication de la *Revue québécoise de droit international* (RQDI). Elle tient tous les ans les *Conférences Maximilien-Bibaud* et *Katia-Boustany*. Elle organise à l'intention des étudiants le *Concours de dissertation en droit international Jacques-Yvan Morin* (auparavant *Matthieu-Bernard*). La SQDI se veut le point de ralliement de toutes les personnes qui utilisent, étudient ou s'intéressent à la réglementation juridique des relations internationales.

Comité exécutif

Président honoraire

Jacques-Yvan Morin

Professeur émérite, Université de Montréal

Président du Conseil d'administration

Daniel Turp

Professeur, Université de Montréal

Président

François Roch

Professeur, UQAM

Co-directeur de la RQDI

Vice-président-e-s

David Pavot
Professeur
Université de Sherbrooke

Vanessa Tanguay
Candidate au doctorat, Université McGill
Rédactrice en chef, RQDI

Charles-Emmanuel Côté
Professeur,
Université Laval

Secrétaire générale

Delphine Ducasse

Candidat au doctorat, Université de Sherbrooke

Secrétaire général adjoint

Andres Contreras Velandia

Candidat à la maîtrise, UQAM

Trésorier

Pierrick Pugeaud

Adjoint au doyen, Faculté de science politique et droit, UQAM

INTRODUCTION

*Richard Ouellet et Stéphane Paquin**

La rénovation de l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹ (*ALÉNA*) et son remplacement par l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*² (*ACÉUM*) sont inusités à plusieurs égards.

D'abord, cette renégociation était plus ou moins inattendue. En fait, mises à part quelques opinions de chercheurs et une phrase maladroite prononcée sous l'administration Obama, la renégociation de l'*ALÉNA* n'avait jamais été sérieusement envisagée avant l'arrivée aux affaires du Président Trump. Certes, l'*ALÉNA* avait besoin d'un coup de pinceau, certains de ces chapitres reflétaient mal l'état des marchés nord-américains, particulièrement dans les secteurs des services, du commerce électronique, des marchés publics et du commerce de certaines marchandises reliées aux ressources naturelles. Mais les Trois Amigos ne souhaitaient pas remettre en question les termes d'un accord de libre-échange qui servaient bien leurs intérêts.

C'est la menace du Président Trump de retirer son pays de l'*ALÉNA* s'il n'était pas révisé qui aura convaincu le Canada et le Mexique d'amorcer la renégociation. La dépendance économique et commerciale de chacun de ces pays à l'égard du marché américain est immense. Chaque année, entre 70 % et 75 % des exportations mexicaines et canadiennes se destinent aux États-Unis. Pour ces deux pays, le risque de ne plus avoir un accès sûr et prévisible au marché américain était intenable. Ainsi, sous les pressions du président des États-Unis et de son Représentant au commerce, la renégociation de l'*ALÉNA* s'est amorcée le 17 août 2017.

Les négociations qui ont mené à l'*ACÉUM* sont aussi remarquables par leur brièveté et leur intensité. Avant la fin de septembre 2017, trois cycles de négociation dans chacune des trois capitales nationales sont déjà tenus. Quatre autres cycles se tiennent sur les chapeaux de roue entre octobre 2017 et mars 2018. À partir de l'été 2018, le Canada se tient en retrait des négociations pour laisser le Mexique et les États-Unis discuter entre eux de leur contentieux bilatéral touchant notamment le secteur automobile. Le 27 août 2018, les présidents mexicain et étasunien annoncent en être arrivés à un accord bilatéral couvrant tous les thèmes à l'ordre du jour des négociations. Le choc au Canada est considérable. D'autant plus que les délais sont extraordinairement courts. Il faut en arriver à un accord de principe avant le 30 septembre pour déposer le texte convenu au Congrès des États-Unis et pour s'assurer que le président mexicain sortant dont le mandat se termine le 1^{er} décembre puisse le

* Directeurs du numéro.

¹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

² *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 30 novembre 2018, (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020), en ligne : <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusmaaceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [*ACÉUM*].

signer alors qu'il est en poste. Le rythme des négociations entre le Canada et les États-Unis atteint une intensité rarement vue. Pendant cinq semaines, de multiples séances de négociations se tiennent au plus haut niveau politique à Washington. Le 30 septembre, une entente est annoncée. Le 30 novembre 2018, dans le cadre d'une réunion du G20 à Buenos Aires, le Canada, le Mexique et les États-Unis procèdent à une séance de signature de l'accord convenu. En 13 mois, on a entièrement réécrit ce qui avait été le plus important accord commercial régional des années 1990. Mais c'était compter sans la Chambre des Représentants du Congrès américain qui exigera des modifications à l'accord avant de l'approuver. Un costaud Protocole d'amendement - ajoutant entre autres des dispositions sur la propriété intellectuelle, la protection de l'environnement, les droits des travailleurs et les règles d'origine - est signé le 10 décembre 2019. Après les procédures de ratification propres à chaque Partie à l'accord, l'*ACÉUM* entre en vigueur le 1^{er} juillet 2020, après moins de 3 ans de négociation.

Si l'existence même des négociations de l'*ACÉUM* et leur rythme ont pu étonner, le ton et le niveau de tension qui ont prévalu entre les Parties pendant toute la durée des pourparlers sont sidérants. Les exemples de mesures, d'ultimatums ou de commentaires offensants ne manquent pas. Le 1^{er} juin 2018, les États-Unis ont imposé des tarifs douaniers punitifs contre l'acier et l'aluminium canadiens. En septembre 2018, alors que les négociations étaient à un point tournant, l'administration étasunienne a menacé le Canada de sanctions commerciales dans le secteur automobile. Avant même la lancée formelle des négociations et pendant les mois qui ont suivi, le président Trump, à plus d'une reprise, a insulté le peuple mexicain. Dès après le Sommet du G7 de La Malbaie, tenu en juin 2018, il a employé des qualificatifs offensants pour parler du Premier ministre du Canada. On pourrait ajouter à cette triste liste les tarifs douaniers appliqués aux ventes d'avions de Bombardier aux États-Unis pendant quelques mois en 2017 et 2018. On pourrait aussi considérer le dossier du bois d'œuvre qui ne s'est jamais tout à fait apaisé. Ce contexte pour le moins tourmenté a sans doute contribué à une mauvaise réception de l'*ACÉUM* dans l'opinion publique canadienne. Un sondage Angus Reid réalisé deux semaines après la signature de l'accord révélait que 45 % de Canadiens avaient une opinion défavorable du nouvel accord dont 58 % de Québécois³.

N'empêche que la conclusion des négociations de l'*ACÉUM* fut une grande source de soulagement pour les gouvernements mexicain et canadien. On aura évité le scénario évoqué par plusieurs de l'« *ALÉNApocalypse* ». Le Mexique et le Canada ont pu conserver leur accès préférentiel au marché américain. Même si l'accord a été négocié dans un contexte difficile, parfois presque conflictuel, le résultat final des négociations est tout à fait convenable. Chacun des Trois Amigos se déclare satisfait du contenu de ce nouvel accord sans nom : *United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)* aux États-Unis; *Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC)* au Mexique; *Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA)* au Canada anglais; *Accord Canada-États Unis-Mexique (ACÉUM)* en langue française.

³ David Korzinski, « *USMCA: Canadians ambivalent about 'New NAFTA', feeling bruised by U.S.* », Angus Reid Institute (October 22, 2018), en ligne : <<https://angusreid.org/usmca-new-nafta/>>

Nous avons voulu, dans ce numéro hors-série, mieux faire connaître et comprendre ce nouveau cadre des relations économiques et commerciales en Amérique du Nord. Nous avons souhaité mettre à la disposition des communautés de chercheur.e.s et d'étudiant.e.s, un ensemble de textes écrits en langue française qui mettent en contexte et expliquent les éléments marquants de la négociation de l'*ACÉUM* et de son contenu. À ces textes, s'en ajoutent deux en langue anglaise qui offrent une perspective mexicaine de l'accord. Nous sommes très fiers de l'aréopage de spécialistes que nous avons pu réunir pour contribuer à ce numéro.

La description en quelques mots de chacune des contributions à ce numéro ne peut être qu'incomplète et maladroite. Nous risquons tout de même ici ce survol.

Le texte d'Érick Duchesne et Martin Pâquet dresse un historique de la libéralisation du commerce entre le Canada et les États-Unis du *Traité de réciprocité* de 1854 jusqu'à l'*ACÉUM*. Par l'approche de la gouvernance multiniveau, Stéphane Paquin et Laurence Marquis se penchent sur le rôle du Québec et de l'Ontario dans la renégociation de l'*ALÉNA*. Sur un thème différent, mais voisin, avec le point de vue de représentants gouvernementaux, Frédéric Legendre et Laurie Durel rendent compte du rôle du gouvernement du Québec dans cette négociation. Marcela López et Jorge A. Schiavon rapprochent quant à eux les faiblesses du système fédéral mexicain et les engagements pris dans les accords commerciaux.

Richard Ouellet explique en quoi l'*ACÉUM* signifie à la fois des avancées et des pas de recul pour l'intégration économique nord-américaine. Florence G. Thérberge et Étienne Hivon, dans un texte très original sans équivalent en langue française ou anglaise, offrent un excellent portrait des changements aux règles d'origine introduits par l'*ACÉUM*. Christian Deblock démontre en quoi la coopération réglementaire contribue à l'intégration de l'Amérique du Nord. Ce qu'il faut attendre du nouveau chapitre sur le travail est présenté et expliqué par Sylvain Zini. Gilbert Gagné compare l'*ALÉNA* et l'*ACÉUM* quant au traitement des produits culturels et quant à la clause d'exception culturelle. Rabii Haji et Patrick Leblond décrivent les dispositions de l'*ACÉUM* sur le commerce numérique, un thème absent de l'*ALÉNA*. Sur une question qui, tout au contraire, n'a jamais été oubliée dans les relations commerciales canadiennes, Geneviève Dufour et Michelle Hurdle analysent les engagements pris par le Canada dans le secteur laitier. Charles-Emmanuel Côté rend compte de l'état des modes de règlement des différends internationaux économiques tels qu'ils sont posés dans l'*ACÉUM*. Enfin, Micheline B. Somda, Delphine Ducasse et David Pavot observent les leviers juridiques d'ordres monétaire et financier que peuvent actionner les Parties à l'*ACÉUM*.

Il nous reste à souhaiter au lectorat de ce numéro de trouver ici des informations pertinentes, des analyses inédites et des perspectives originales, utiles à une meilleure compréhension de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*.

LES HAUTS ET LES BAS DE LA LIBÉRALISATION DU COMMERCE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS, DU TRAITÉ DE RÉCIPROCITÉ DE 1854 À L'ACCORD DE COMMERCE CANADA-ÉTATS-UNIS-MEXIQUE (ACÉUM) DE 2020

Érick Duchesne* et Martin Pâquet**

La libéralisation du commerce avec les États-Unis est l'un des enjeux récurrents de l'histoire de la politique canadienne depuis la signature d'un premier traité de réciprocité entre les deux pays en 1854. Dans cet article, nous traçons l'évolution des accords commerciaux entre les deux pays nord-américains, en mettant un accent particulier sur le moment fort de cette relation, soit l'*Accord de libre-échange* de 1989 (*ALE*). En corollaire, nous comparons sommairement le contexte de la négociation de cet accord avec celui de l'*ACÉUM*. Comme cette récente négociation nous le rappelle, l'histoire des relations commerciales entre le Canada et les États-Unis ne fut pas celle d'un long fleuve tranquille. Les liens commerciaux entre les deux États ont été façonnés tout autant par des éléments conjoncturels, tels que les crises économiques et politiques, que par des facteurs idiosyncrasiques, comme les liens d'amitié entre les principaux dirigeants politiques. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà de leurs conflits commerciaux ponctuels, les deux partenaires sont liés d'un destin commun.

Trade liberalization with the United States has been a recurring issue in the history of Canadian politics since the signing of the first reciprocity treaty between the two countries in 1854. In this paper, we trace the evolution of trade agreements between the two North American countries, with a particular focus on the high point of this relationship, the 1989 *Free Trade Agreement (FTA)*. As a corollary, we briefly compare the context of the negotiation of this agreement with that of the *CUSMA*. As this recent negotiation reminds us, the history of trade relations between Canada and the United States has not been a smooth one. Trade ties between the two states have been shaped as much by situational factors, such as economic and political crises, as by idiosyncratic factors, such as friendships between key political leaders. The fact remains that beyond their occasional trade conflicts, the two partners are bound by a common destiny.

La liberalización del comercio con Estados Unidos ha sido un tema recurrente en la historia de la política canadiense desde la firma del primer tratado de reciprocidad entre ambos países en 1854. En este trabajo, trazamos la evolución de los acuerdos comerciales entre los dos países norteamericanos, centrándonos especialmente en el punto álgido de esta relación, el *Tratado de Libre Comercio (TLC)* de 1989. Como corolario, comparamos brevemente el contexto de la negociación de este acuerdo con el del *T-MEC*. Como nos recuerda esta reciente negociación, la historia de las relaciones comerciales entre Canadá y Estados Unidos no ha sido tranquila. Los lazos comerciales entre ambos Estados han estado condicionados tanto por factores coyunturales, como las crisis económicas y políticas, como por factores idiosincrásicos, como las amistades entre los principales líderes políticos. No obstante, más allá de sus ocasionales conflictos comerciales, los dos socios están unidos por un destino común.

* Professeur titulaire, Département de science politique, Université Laval. Cet article reprend en partie le contenu de notre chapitre « Une nouvelle donne : L'Accord de libre-échange de 1989 entre le Canada et les États-Unis », chapitre qui a été publié dans Colin M. Coates et Geoffrey Ewen (dir.), *Introduction aux études canadiennes*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2012. Ces éléments ont été remis à jour, révisés et augmentés. Nous remercions les directeurs Colin M. Coates et Geoffrey Ewen pour nous avoir accordé la permission de reprendre ces éléments.

** Professeur titulaire, Département des sciences historiques, Université Laval.

La libéralisation du commerce avec les États-Unis est l'un des enjeux récurrents de l'histoire de la politique canadienne. Que ce soit sous le nom de réciprocité, d'union commerciale, d'union douanière limitée ou de libre-échange sectoriel, cette question hante les Canadiens depuis le *Traité de réciprocité* de 1854 et son abrogation en 1866, à l'*Accord nord-américain de libre-échange (ALÉNA)* en 1993, en passant de l'*Accord de réciprocité* qui a contribué à la défaite électorale de Wilfrid Laurier en 1911 et le *Pacte de l'auto* de 1965¹. Dans cet article, nous traçons l'évolution des accords commerciaux entre les deux pays nord-américains, en mettant un accent particulier sur le moment fort de cette relation, soit l'*Accord de libre-échange* de 1989 (*ALÉ*). En corollaire, nous comparons sommairement le contexte de la négociation de cet *Accord* avec celui de l'*ACÉUM*².

I. L'enjeu économique : la libéralisation du commerce

Tout débat relatif à l'intégration économique nord-américaine est lié à la pénétration des investissements américains au Canada. Adoptée sous le gouvernement de John A. Macdonald en 1879, la Politique nationale poursuivait l'objectif de l'instauration d'une base industrielle indépendante et d'un marché national. Fondée sur des tarifs douaniers élevés, cette politique a paradoxalement des effets pervers, en stimulant l'investissement massif des firmes américaines au Canada. Pour réduire l'effet des restrictions commerciales, les compagnies américaines implantent un nombre important d'usines, afin de desservir le marché des consommateurs canadiens. S'inscrivant dans une continentalisation de l'économie, cette stratégie américaine se poursuit au XX^e siècle, le processus d'industrialisation s'accéléralant avec l'établissement de filiales entre autres dans les domaines de l'automobile, des appareils électriques, des produits chimiques et des métaux. Ainsi, lors de la mise en œuvre de l'ALE en 1990, 64 % des investissements directs étrangers au Canada proviennent des États-Unis³.

¹ Dorval Brunelle et Christian Deblock, *Le libre-échange par défaut*, Montréal, VLB, 1989 aux pp 29-138 ; J. L. Granatstein, « Free Trade Between Canada and the United States : The Issue That Will Not Go Away » dans Denis Stairs et Gilbert Winham, dir, *The Politics of Canada's Economic Relationship with the United States*, Toronto, University of Toronto Press, 1985 aux pp 11-54 ; Randall White, *Fur Trade to Free Trade : Putting the Canada-US Trade Agreement in Historical Perspective*, Toronto, Dundurn Press, 1988.

² *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 18 décembre 2018, RT Can 2020 n° 7 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*ACÉUM*].

³ Depuis, malgré une hausse vertigineuse de la valeur comptable des investissements étrangers américains au Canada, de 90 milliards en 1989 à 527,8 milliards en 2020, la dépendance canadienne en la matière est d'environ 44 % de nos jours. Ces données montrent que, non seulement l'*ALÉ* et l'*ALÉNA* ont permis un accroissement constant des liens commerciaux et financiers nord-américains, mais qu'ils ont aussi haussé le pouvoir d'attractivité du Canada pour les investissements étrangers tous azimuts. Ainsi, la suite des événements montre aussi que le vœu de Pierre Elliott Trudeau à l'effet de diminuer la dépendance de son pays face aux États-Unis, devait en premier lieu passer par une plus grande intégration économique avec ces derniers. Voir Statistique Canada, *Bilan des investissements internationaux, valeur comptable et valeur au marché, trimestriel (x 1 000 000)*, n° de tableau 36-10-0485-01, 1^{er} octobre 2012, en ligne : Statistique Canada <<https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3610048501>>.

La grande domination américaine en matière économique inquiète les nationalistes canadiens, notamment autour de la question des investissements⁴. Avec l'adoption en 1930 du tarif Smoot-Hawley par le Congrès, tarif haussant les droits relatifs aux importations américaines, le Dominion du Canada impose un régime draconien de tarifs douaniers. Après la Seconde Guerre mondiale, le débat prend une autre tournure. L'État canadien redéfinit son projet national, en revisitant ses relations avec son voisin américain, devenu une superpuissance mondiale. Les nationalistes canadiens nourrissent des craintes relatives à la dépendance économique, politique et culturelle du Canada envers les États-Unis : la Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada, dite Commission Gordon, traduit ces inquiétudes en 1957⁵. À l'instar de George Grant et son fameux *Lament for a Nation* en 1965, les milieux politiques et intellectuels canadiens se mobilisent devant la menace⁶.

Le thème des investissements américains devient prépondérant dans l'actualité à partir de la fin des années 1960, notamment avec la décision en 1970 de laisser flotter le dollar canadien par rapport au dollar américain. Le gouvernement de Pierre Elliott Trudeau instaure en 1972 la politique de la « Troisième Option »⁷. Énoncées par le secrétaire d'État aux Affaires étrangères Mitchell Sharp, trois options s'offriraient au Canada en matière de relations économiques avec les États-Unis. La première maintiendrait le statu quo entre les deux pays, solution peu envisageable, vu le nationalisme économique promu par les libéraux fédéraux de cette période et le ralentissement économique américain au moment de la Guerre du Viêt Nam. La « Deuxième option » favoriserait des relations économiques plus étroites encore, afin de créer une économie continentale mieux intégrée. Elle ne recueille pas l'appui des responsables politiques canadiens, farouchement nationalistes. Reste alors la « Troisième option » : la réduction de la dépendance économique canadienne, grâce à la diversification des échanges commerciaux avec d'autres partenaires économiques. Poursuivant cet objectif, le gouvernement Trudeau propose des initiatives diplomatiques, dont la plus publicisée est l'instauration d'un « lien contractuel » avec la Communauté économique européenne. Ottawa veut aussi diminuer la dépendance canadienne avec le Programme national de l'énergie (PNE) et l'Agence d'examen de l'investissement étranger (*Foreign Investment Review Agency* ou FIRA)⁸.

Dès le début de la décennie 1980, la volonté de diversification des échanges économiques canadiens rencontre des obstacles. D'une part, les industries canadiennes nationalisées lors des années 1970 s'adaptent difficilement aux contraintes d'un marché

⁴ Yves Roby, *Les Québécois et les investissements américains : 1918-1929*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1976 ; John Herd Thompson et Stephen J. Randall, *Canada and the United States : Ambivalent Allies*, 3^e éd, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002.

⁵ Stephen Azzi, *Walter Gordon and the Rise of Canadian Nationalism*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 1999.

⁶ George Parkin Grant, *Lament for a Nation : The Defeat of Canadian Nationalism*, Toronto, McClelland and Stewart, 1970.

⁷ Mitchell Sharp, « Relations canado-américaines : choix pour l'avenir », *Perspectives Internationales*, Numéro Spécial (automne 1972).

⁸ Steven Globerman et Daniel M. Shapiro, *Les politiques du gouvernement canadien à l'égard de l'investissement étranger direct au Canada*, document de travail n° 24, Ottawa, Industrie Canada, septembre 1998 aux pp 21-23 et suivantes.

international se transformant sous les effets de la déréglementation issue des premières politiques néolibérales. D'autre part, la dépendance économique canadienne s'accroît au cours de la même période. Ainsi, les trois-quarts des exportations canadiennes se destinent en 1984 au marché américain⁹. Cette situation place les Canadiens en position de vulnérabilité face aux aléas du marché américain et aux décisions politico-économiques de Washington. La vulnérabilité nourrit les inquiétudes, d'autant plus que les Américains adoptent souvent des mesures unilatérales. Le souvenir du tarif Smoot-Hawley demeure vivace, ressurgissant en 1971 avec les « mesures Nixon » par lesquelles les États-Unis veulent réduire leurs importations de biens et services. Devant la forte inflation accentuée par les chocs pétroliers de 1973 et 1979, la tentation de recourir aux politiques commerciales protectionnistes est grande au sein des présidences de Jimmy Carter et de Ronald Reagan. Qui plus est, les responsables politiques américains montrent leur mécontentement devant le PNE, particulièrement au moment de la décision canadienne d'augmenter le prix de son pétrole en 1980, et surtout devant la FIRA, dont ils contestent l'action devant les tribunaux créés par l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*. Pour convaincre les Américains que le Canada doit être exempté des conséquences de son « unilatéralisme agressif »¹⁰, les arguments doivent être plus irrésistibles qu'une simple mention de la « relation spéciale » entre les deux voisins. À l'époque, le Canada possède un surplus commercial de l'ordre de quinze milliards de dollars canadiens avec les États-Unis. À l'aune de ce surplus et considérant les tentations américaines de repli sur soi, cette relation spéciale s'avère fragile.

La crise des années 1981-1982 augmente l'inquiétude des responsables politiques fédéraux devant la relative ouverture du marché américain à l'endroit des produits canadiens. La récession économique frappe, le chômage atteint des sommets inégaux depuis la Dépression des années 1930, les taux d'intérêt s'envolent et les déficits budgétaires deviennent une préoccupation majeure dans l'espace public. Dans ce contexte, le gouvernement Trudeau constitue en 1982 la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, présidée par l'ancien ministre des Finances Donald Macdonald. Le mandat de la Commission Macdonald est vaste : elle doit examiner les perspectives économiques du pays et l'efficacité de ses institutions politiques. Déposés en septembre 1985, les trois volumes du rapport final insistent sur la promotion d'une économie souple, pouvant s'adapter rapidement aux mutations économiques et technologiques. La Commission Macdonald préconise une plus grande confiance aux mécanismes du libre marché, plutôt qu'aux interventions de l'État. Partant, elle fournit l'argumentation en vue d'un accord de libre-échange avec les États-Unis, afin de sécuriser l'accès des produits canadiens au marché américain.

Élu en septembre 1984, le gouvernement progressiste-conservateur de Brian Mulroney met fin à la politique libérale de la Troisième Option. À l'origine hostile au libre-échange au moment de son accession à la chefferie du Parti progressiste-

⁹ Michael Hart, *A Trading Nation. Canadian Trade Policy from Colonialism to Globalization*, Vancouver, UBC Press, 2002 à la p 346.

¹⁰ Jagdish Bhagwati, *Protectionism*, Cambridge, MIT Press, 1988.

conservateur en 1983, le nouveau premier ministre adopte rapidement en 1985 les conclusions de la Commission Macdonald. Dès lors, les nouveaux responsables politiques fédéraux veulent accroître les liens économiques avec les États-Unis et entreprennent la privatisation d'un grand nombre d'entreprises nationalisées par le gouvernement précédent. De plus, ils cherchent à établir une libéralisation sectorielle des échanges commerciaux entre les deux partenaires économiques.

Au sud de la frontière, la conjoncture du milieu des années 1980 est favorable à la constitution d'un marché continental assurant la libéralisation des échanges commerciaux. Pour comprendre leurs motifs, le parcours des responsables politiques américains est aussi tortueux que celui de leurs homologues canadiens. L'hégémonie économique américaine s'effrite progressivement au cours des années 1960, mouvement qui s'accélère lors de la décennie suivante. La croissance de l'interdépendance économique, la montée de nouveaux compétiteurs industriels en Asie et les crises pétrolières secouent les fondements jusque-là solides de la Pax Americana. Malgré la réduction dramatique des barrières tarifaires, la tentation protectionniste sévit encore. Il y a consensus au Congrès à Washington : la diminution des tarifs douaniers depuis la fin des années 1940 fait contrepoids aux nombreuses entraves non tarifaires au commerce international. La *Loi fédérale sur le commerce* prévoit en 1974 des mesures sévères pour mettre en échec des pratiques commerciales jugées injustes de la part de leurs partenaires économiques. Les accusations de « dumping », de subventions indues aux exportations et de toute autre mesure portant atteinte aux exportations américaines abondent. Les élus du Congrès décrient alors fortement les politiques canadiennes de favoritisme et de protectionnisme.

Dès le début des années 1980, la compétition internationale croissante incite les décideurs à une restructuration en profondeur de l'industrie américaine. L'industrie lourde du Nord-est et de la région des Grands Lacs — les régions du « Rust Belt » — perd de son ascendant au profit de celles localisées au sud et à l'ouest du pays — les régions du « Sun Belt » —, ces dernières étant plus flexibles, surtout celles de la haute technologie. Cet ajustement structurel s'accorde avec l'ordre du jour néolibéral du Parti républicain, qui prône la décentralisation, la désyndicalisation et la dérégulation de la société américaine au nom de l'efficacité économique. Ainsi, la compétition internationale et les « Reaganomics ¹¹ » favorisent une croissance conjoncturelle des industries américaines, surtout celles des secteurs « gagnants » du « Sun Belt ».

L'unilatéralisme commercial promu par le Congrès et la restructuration de l'industrie américaine vers des régions plus éloignées de la frontière canadienne sont de mauvais augure pour l'économie canadienne. La récession économique frappe durement au Canada. Vu une structure économique dépendante du secteur primaire,

¹¹ Les « Reaganomics » concernent les politiques économiques mises sur pied par l'administration du président Ronald Reagan après son élection en 1980. Fondées sur la croyance en la théorie du ruissellement — « trickle-down economics » —, elles veulent stimuler l'initiative individuelle en diminuant les dépenses de l'État, sauf en matière militaire, en réduisant l'impôt sur le revenu et sur les gains en capital, en dérèglementant et en se servant des surplus budgétaires pour lutter contre l'inflation.

l'État fédéral réagit avec lenteur aux problèmes issus du ralentissement économique. L'écart entre les économies américaine et canadienne s'accroît. Au Canada, le taux de chômage demeure élevé, la résorption de l'inflation se fait lentement et la récession y perdure plus longtemps qu'aux États-Unis. De plus, d'éventuelles mesures protectionnistes américaines peuvent nuire à l'économie canadienne. Pour les décideurs au Canada, le choix est cornélien entre l'objectif de réduction de la dépendance canadienne et l'éventualité d'impacts négatifs sur l'économie. Lorsque l'on gouverne un pays voisin de la plus grande puissance mondiale, un pays dont le produit intérieur brut constitue un dixième de celui de ce géant, se lancer dans une guerre commerciale apparaît une solution périlleuse. Les responsables politiques canadiens doivent prendre au sérieux toute propension américaine à durcir son discours et à considérer d'éventuelles représailles économiques.

Certes, le Canada ne constitue pas une cible majeure des nouvelles mesures américaines de vendetta commerciale. Les élus du Congrès proposent plus d'une soixantaine de projets de loi entre 1982 et 1985 pour condamner des pratiques commerciales douteuses de la part de leurs principaux partenaires commerciaux, le Japon et l'Europe¹² : le Canada y est rarement mentionné. Toutefois, ce dernier ne peut échapper à de telles mesures alors que les irritants commerciaux entre les deux pays se font pressants. Dès lors, la relation privilégiée entretenue entre le Canada et les États-Unis — la « Première Option » selon Mitchell Sharp — n'en est plus une au milieu des années 1980. Le Canada se trouve alors à la croisée des chemins. D'une part, il peut poursuivre une politique de désengagement économique avec les États-Unis : la « Troisième Option » du gouvernement Trudeau. D'autre part, il peut effectuer un virage à cent quatre-vingts degrés en renforçant ses liens avec Washington. Les rapports de la Commission Macdonald prouvent cette « Deuxième Option ». Elle sera celle du gouvernement de Brian Mulroney.

À la suite du « Sommet de la Saint-Patrick » ayant lieu à Québec en 1985, le président Ronald Reagan et le premier ministre Brian Mulroney conviennent d'un processus de négociations commerciales afin de ratifier un accord de libre-échange. Brian Mulroney tient compte du contexte national et de l'insatisfaction de nombreux responsables politiques américains envers les institutions multilatérales de commerce. Ces responsables déplorent le manque d'ambition du dernier cycle de négociation du *GATT* — celui du « Tokyo Round » — qui se conclut en 1979. Avec un éventuel accord de libre-échange avec le Canada, ils pourraient ainsi former une coalition internationale favorable à l'ouverture d'un nouveau cycle de négociation multilatérale. La stratégie américaine est simple. L'éventuel accord de libre-échange avec le Canada, ainsi que celui avec Israël, pourraient servir de menaces devant un probable échec des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay, cycle qui débute en septembre 1986. Tant du côté canadien que du côté américain, on espère qu'un accord bilatéral conclu entre les deux pays parvienne à guider les autres négociations multilatérales.

¹² Jock Finlayson, « Canada, Congress and the U.S. Foreign Economic Policy » dans Denis Stairs et Gilbert Winham, dir, *The Politics of Canada's Economic Relationship with the United States*, Toronto, University of Toronto Press, 1985 à la p 53.

La négociation d'un accord de libre-échange avec les États-Unis (*ALÉ*)¹³ s'insère dans une stratégie économique néolibérale, visant à délivrer le marché des entraves jugées contraignantes de l'État, mais il ne s'agit peut-être pas là du principal élément catalyseur incitant Brian Mulroney à poursuivre dans cette voie. Plus encore, un élément s'avère particulièrement sensible, celui du calcul électoral. Pour se maintenir au pouvoir, Brian Mulroney tente de constituer une nouvelle coalition fondée sur le double appui électoral du Québec et de l'Ouest canadien¹⁴. En effet, pour qu'un parti puisse emporter une élection fédérale au Canada, il doit séduire l'électorat de deux de ses grandes régions, soit le Québec, l'Ontario et l'Ouest. Ce faisant, le défi de Mulroney est double. D'une part, il cherche à se rallier l'électorat de l'Ouest canadien. Depuis les débuts du XX^e siècle, les élites politiques des Prairies et de la côte du Pacifique tendent à favoriser des mesures de libéralisme économique, à la fois pour stimuler les relations commerciales avec le sud du 49^e parallèle et pour briser la dépendance de l'Ouest avec le Canada central, dépendance qui nourrit un profond sentiment d'aliénation, en particulier en Alberta¹⁵. Le gouvernement Mulroney peut éventuellement obtenir l'appui de cet électorat avec la négociation de l'*ALÉ*. La conclusion des négociations le 2 janvier 1988 lui permet d'affirmer que sa mission est accomplie. D'autre part, Brian Mulroney doit se concilier l'électorat nationaliste du Québec. Pour ce faire, il cherche également à corriger l'affront du rapatriement de la Constitution canadienne en 1982, un rapatriement fait sans l'assentiment du gouvernement québécois. Il livre ainsi la marchandise avec l'*Accord du Lac-Meech* le 30 avril 1987, accord qui veut réintégrer cette province au sein de la famille constitutionnelle canadienne¹⁶.

À la fin de son mandat, Brian Mulroney compte bien se présenter devant l'électorat canadien, ayant en poche la conclusion de l'*Accord du Lac-Meech* et la ratification par le Parlement canadien de l'*ALÉ*. Cependant, c'est sans compter sur l'opposition du Sénat fédéral, où les libéraux détiennent la majorité. À la suite de son imposante défaite à l'élection fédérale de 1984, le Parti libéral du Canada sous la direction de John Turner se reconstruit progressivement. Dans ce contexte, il est bon de faire flèche de tout bois, et le nationalisme économique constitue un argument fort rentable. Dès lors, les libéraux vont coaliser autour de leur bannière les opposants à

¹³ *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis*, octobre 1987, RT Can 1988 (entrée en vigueur : 2 janvier 1988) [*ALÉ*].

¹⁴ À l'appui de cette interprétation, voir Sherry L. Bennett et Érick S. Duchesne, « The Politics of Domestic Ratification Across Democratic Institutions » dans Bart Kerremans et Robert Switky, dir, *The Political Consequences of Regional Trade Blocs*, London, Ashgate, 2000 ; G. Bruce Doern et Brian W. Tomlin, *Faith and Fear : The Free Trade Story*, Toronto, Stoddard, 1991 au chapitre 5 et Michael Lustzig, Risking, *Free Trade : The Politics of Trade in Britain, Canada, Mexico and the United States*, Pittsburgh, Pittsburgh University Press, 1996 relatent aussi l'appui des grandes associations manufacturières en faveur de la libéralisation continentale.

¹⁵ Sur les racines de l'aliénation de l'Ouest canadien, voir entre autres Roger Gibbins et Loleen Berdahl, *Western Visions, Western Futures*, Peterborough, Broadview Press, 2003, surtout le chapitre 2 ; George Melnyk, *Beyond Alienation. Political Essays on Western Canada*, Calgary, Detselig Enterprises, 1993 aux pp 13-32 et *passim*.

¹⁶ Au moment de l'élection fédérale de 1988, la non-ratification de l'*Accord du lac Meech* par toutes les parties impliquées n'a pas eu d'impact sur les résultats de la campagne. Il faut dire que le délai prescrit est de trois ans et que plusieurs gouvernements provinciaux se font attendre.

l'*ALÉ* en prônant la défense des intérêts canadiens contre ce qu'ils perçoivent comme une invasion américaine. Dans un premier temps, les sénateurs libéraux refusent de ratifier l'*ALÉ* en dépit de l'assentiment de la majorité parlementaire à la Chambre des communes. Dès lors, il importe de rétablir la légitimité des décisions des responsables politiques élus contre celle des non-élus. Aussi, dans un deuxième temps, l'*ALÉ* devient l'enjeu principal de l'élection du 21 novembre 1988. Par l'extrême émotivité des débats, la campagne fédérale de l'automne 1988 devient ainsi l'une des plus féroces de l'histoire politique canadienne récente.

La fragmentation de l'électorat favorise ultimement les progressistes-conservateurs. Pour des raisons différentes, l'Ouest et le Québec optent généralement pour le parti dirigé par B. Mulroney. En Ontario, les progressistes-conservateurs remportent une courte majorité des sièges. Toutefois, les cicatrices sont profondes et, de part et d'autre, le ressentiment demeure tenace par la suite.

II. *L'Accord de libre-échange de 1989, son contenu et ses incidences*

Que comprend l'*ALÉ*? Conclu le 4 octobre 1987 à la suite de longues négociations entre Peter Murphy — négociateur en chef de la partie américaine — et Simon Reisman — son homologue canadien —, l'*Accord* contient vingt-et-un chapitres. Ces derniers traitent de thèmes aussi divers que les règles relatives au commerce des produits — incluant les produits agricoles —, les marchés publics, le « traitement national », les règles d'origine, les subventions, les services, les voyages d'affaires et les investissements, le règlement des différends et des arrangements spéciaux relatifs aux droits antidumping et compensateurs, ainsi que les services financiers.

Sans plonger dans les détails de l'accord, il est possible de brosser un tableau général des positions respectives des deux pays signataires. Les négociateurs américains atteignent un nombre considérable de leurs objectifs initiaux, soit d'assurer un accès accru des industries américaines au marché canadien. Ce faisant, l'atteinte de ces objectifs rend obsolètes plusieurs mesures associées à la « Troisième Option », dont au premier chef la FIRA et le PNE. En premier lieu, les investisseurs américains se voient accorder un accès à une gamme plus complète de services bancaires et financiers canadiens, réduisant d'autant la portée effective de l'Agence d'examen de l'investissement étranger¹⁷. En deuxième lieu, Washington recherche et

¹⁷ Rappelons ici que la FIRA avait déjà connu une profonde redéfinition de sa vocation sous le ministre progressiste-conservateur de l'Expansion industrielle, Sinclair Stevens, en 1984. Il ne faudrait cependant pas conclure que les secteurs financiers nord-américains sont dorénavant entièrement intégrés. Ce fut par ailleurs un des enjeux cruciaux de la négociation de l'*ALÉNA*, surtout en ce qui concerne l'accès au marché financier mexicain. Par exemple, encore aujourd'hui, les banques américaines peuvent seulement ouvrir des filiales et non pas des succursales en territoire canadien. Ce détail peut paraître anodin. Ceci signifie cependant que, au contraire des succursales, les filiales doivent se soumettre aux exigences réglementaires en capitaux du pays hôte et appliquer le coefficient de réserves exigé par ce dernier. Ceci

obtient un plus grand accès au secteur énergétique canadien. Les Américains recherchent ici un droit d'accès garanti et sans entraves. L'*ALÉ* ne leur permet pas d'obtenir complètement gain de cause en cette matière. Toutefois, le processus de révision des investissements américains dans ce secteur devient moins restrictif par rapport à la situation prévalant avant la ratification de l'*ALÉ*. De plus, selon le principe dit du « traitement national », dès qu'une compagnie américaine est établie au Canada, elle doit être traitée de façon similaire à une firme canadienne. Les nombreuses industries américaines déjà implantées au nord du 49^e parallèle bénéficient alors de la mise en pratique de ce principe. Dans un troisième temps, l'*ALÉ* permet un droit d'établissement aux investisseurs américains et leur assure l'application du principe du « traitement national » dans le secteur des services. Certes, l'accord prévoit des exceptions dans certains domaines sensibles¹⁸. Cependant, l'éventualité d'une prise de contrôle d'une partie du secteur des services grâce aux investissements américains suscite une forte opposition partout dans l'espace canadien, bien que la suppression des barrières tarifaires dans les domaines financiers, les services d'expert-conseil, les communications et la publicité favorise une croissance rapide des exportations canadiennes vers les États-Unis. Enfin, la réduction accélérée des tarifs douaniers dans le secteur manufacturier plaît aux responsables politiques américains. Elle soulève néanmoins l'ire de certains petits producteurs canadiens, surtout dans le domaine de l'agriculture, les industries du soulier, du meuble, ainsi que de la culture.

Du côté canadien, les avis sont plus mitigés. D'abord, les opposants à la ratification de l'*ALÉ* considèrent qu'il s'agit d'un marché de dupes, en soulignant que les Américains reçoivent la plus grosse part du gâteau. Selon eux, l'accord rend caduque la capacité du gouvernement canadien de légiférer en matière de tamisage des investissements étrangers. Pis encore, le gouvernement fédéral ne pourrait restreindre ainsi le rapatriement des intérêts et des dividendes, ou adopter toute autre mesure contre des compagnies américaines afin de préserver l'intérêt national canadien¹⁹.

Malgré ces nombreuses appréhensions, il ne faudrait pas croire que les négociateurs canadiens reviennent nécessairement bredouilles des pourparlers bilatéraux. Bien que l'*ALÉ* soit moins ambitieux que ce qui avait été envisagé a priori par Simon Reisman, il répond relativement bien aux attentes canadiennes établies dès

peut expliquer, en autres motifs, un certain hermétisme du système bancaire canadien face à la crise financière américaine de 2008.

¹⁸ Ce sont les domaines des transports, des services de base de télécommunication — tels que les services de téléphonie — des services offerts par les médecins, les dentistes et les avocats, de la garde d'enfant ainsi que des services assurés par les États fédéral et provinciaux en matière de santé, d'éducation et de services sociaux.

¹⁹ Parmi les nombreux critiques canadiens, voir *Faith and Fear*, supra note 14 ; Daniel Drache, « Assessing the Benefits of Free Trade » dans Ricardo Grinspun et Maxwell A. Cameron, dir, *The Political Economy of North American Free Trade*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 1993 aux pp 73-87 ; Mel Hurtig, *The Betrayal of Canada*, North York, Stoddart, 1991 ; Duncan Cameron et Mel Watkins, dir, *Canada Under Free Trade*, Toronto, James Lorimer & Company, 1993 ; Pour sa part, Michael Hart, *Decision at Midnight : inside the Canada - U.S free-trade negotiations*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1994 brosse un portrait plus positif de l'entente.

le début des années 1980²⁰. Michael Hart résume clairement dans quels domaines le Canada bénéficie de l'entrée en vigueur de l'accord :

... le Canada parvient à un arrangement légal qui élimine tous les tarifs douaniers et certaines autres barrières au commerce à l'intérieur d'une période de dix ans ; il négocie des règles de comportement pour gérer les barrières, qui par leurs natures, ne pouvaient pas être éliminées ; et la quête de recours commerciaux est astreinte à un tribunal binational de règlement des différends. L'aptitude du Canada à poursuivre ses politiques culturelles, son développement régional, et sa mise en marché des produits agricoles, demeure intacte. Des institutions conjointes et un mécanisme de règlement des différends permettent la mise en application des règles relatives à l'*Accord*. Il en découle un accès plus ouvert et ferme au marché des États-Unis, et une relation économique canado-américaine placée sur une fondation beaucoup plus forte et mutuellement bénéfique... [L'accord] atteint [sic] l'objectif économique de procurer l'incitatif nécessaire [aux industries canadiennes] pour qu'elles se restructurent et deviennent ainsi plus compétitives. Il rencontre aussi l'objectif des [hommes d'affaires canadiens] de se donner un bouclier contre les excès du protectionnisme américain²¹.

En bout de course, les négociateurs canadiens ont-ils été perdants? La réponse se situe sans doute quelque part entre la sombre analyse faite par les critiques de l'*ALÉ* et celle plus optimiste proposée par Michael Hart, entre la perception entretenue sur la perte inexorable de la souveraineté canadienne et la représentation d'un Canada plus prospère dans le nouvel environnement économique international.

Certains éléments militent en faveur des résultats positifs issus du libre-échange. Sur un plan, il y a une évidence, celle du maintien de la libéralisation des échanges entre les deux pays depuis la ratification de l'*ALÉ* en 1989. Ce maintien constitue une indication claire que cette politique satisfait du moins en partie à l'intérêt national des deux parties contractantes. Qui plus est, l'élargissement de la zone de libre-échange au Mexique témoigne de la conviction des responsables politiques dans les aspects bénéfiques du libre-échange. Conclu en 1993 par le premier ministre canadien Brian Mulroney, le président mexicain Carlos Salinas de Gortari et le président américain George H. W. Bush, l'*ALÉNA*²² suscite l'adhésion de tous, même si Bill Clinton impose deux autres accords pour protéger l'environnement et le droit du travail. D'ailleurs, en dépit de la menace de déchirer l'accord au moment de la campagne électorale fédérale de 1993, les libéraux de Jean Chrétien se rallient volontiers au

²⁰ *Decision at Midnight*, *ibid* aux pp 372-75, le principe du « traitement national » est au cœur des préoccupations de Simon Reisman. Tout au long des négociations, ce dernier espère parvenir à un accord par lequel les biens, les services et les investissements canadiens seraient traités au même titre que les produits locaux sur les marchés américains. En ce qui concerne les achats publics, S. Reisman recherche l'imposition de normes harmonisées pour toutes les transactions effectuées au Canada et aux États-Unis. Il souhaite également l'élimination complète des mesures tarifaires et non-tarifaires aux frontières. Enfin, dans le cas du règlement des différends, il négocie ferme pour l'établissement de règles administratives claires sous la supervision d'un organisme binational impartial.

²¹ Notre traduction, *ibid* à la p 376.

²² *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, 1994 RT Can n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

nouveau régime en vigueur. Sur un autre plan, l'un des objectifs particulièrement valorisés par le gouvernement Mulroney visait la relance du commerce canadien. Ici, l'ALÉ et l'ALÉNA par la suite, semblent avoir contribué à accroître le volume et l'importance des échanges internationaux pour l'économie canadienne. Au moment de la conclusion de l'ALÉ en 1988, les exportations des biens et services ne représentaient que 26,2 % du produit intérieur brut (PIB) du Canada. Douze années plus tard, en 2000, elles atteignent un sommet de 44,4 % du PIB, pour se maintenir à 31,6 % en 2019, malgré une baisse importante lors de la première décennie du XXI^e siècle²³.

Le libre-échange portait aussi en son sein d'autres promesses qui n'ont pas été tenues. Les laudateurs de l'ALÉ prévoyaient la diminution de l'écart de la productivité entre le Canada et les États-Unis, puisque le libre-échange permettrait des économies d'échelle dans le secteur manufacturier, doperait la croissance économique et contribuerait ainsi fortement à l'amélioration du niveau de vie. Ce ne fut pas le cas. En effet, la libéralisation des échanges commerciaux comme les initiatives sociales dans les domaines de la santé et de l'éducation n'ont que des impacts marginaux sur la productivité. Cette dernière dépend beaucoup plus des nouvelles techniques de production, de la taille des usines, des changements structurels ainsi que des facteurs liés à de nouvelles connaissances. Tous ces éléments s'inscrivent dans une perspective à long terme, et le libre-échange apparaît ici comme un simple facteur conjoncturel²⁴. De plus, l'ALÉ était conçu pour les négociateurs canadiens comme un instrument contre les penchants protectionnistes unilatéraux américains. Le succès est très mitigé en matière de subventions acceptables ainsi que de l'abrogation des lois relatives aux droits antidumping et compensateurs. Malgré des efforts soutenus et répétés, aucun progrès réel n'est réalisé avant l'avènement des accords de l'OMC en 1994. L'ALÉ prévoyait également la création d'un mécanisme de règlement des différends, mécanisme qui est repris ultérieurement dans le cadre de l'ALÉNA. Ce mécanisme implique néanmoins la poursuite de longues procédures et, dans certains cas comme celui du bois d'œuvre, il n'empêche pas les responsables politiques américains de s'ingénier à contourner les règles du libre-échange ou tout simplement de ne pas respecter les jugements qui leur sont défavorables. A contrario des tendances protectionnistes de Washington qui ne voit aucun intérêt à un éventuel changement de l'architecture institutionnelle de l'ALÉNA²⁵, le Canada se montre plutôt beau joueur

²³ Jean-Herman Guay, « Exportation de biens et services (%) du PIB, Canada », en ligne : *Perspective Monde* <<https://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMTendanceStatPays?codePays=CAN&codeTheme=7&codeStat=NE.EXP.GNFS.ZS>>.

²⁴ John Baldwin, Jean-Pierre Maynard et Stephen Wells, « La croissance de la productivité au Canada et aux États-Unis » (printemps 2000) 1:1 Isuma. R Can de recherche sur les politiques 119 à la p 124.

²⁵ Gordon Mace, « Quelles institutions pour l'ALÉNA? » dans Dorval Brunelle et Christian Deblock, dir, *L'ALÉNA. Le libre-échange en défaut*, Montréal, Fidès, 2004 aux pp 154-155 ; *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, LC 1988, c 65 ; *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, LC 1993, c 44. Selon le modèle britannique de subsidiarité qui est à la source de la pratique canadienne, « c'est l'organe exécutif fédéral qui négocie et ratifie les accords internationaux ». « Une fois ratifiés, ces accords lient le Canada en droit international mais ne sont pas contraignants en droit interne. Pour pouvoir produire ses effets sur le territoire canadien, il doit être (ou avoir été) reconnu par les tribunaux comme un acte conforme au droit coutumier international, ou être mis en œuvre au moyen d'une mesure législative, normalement prise par la législature ou l'exécutif ». John Mark Keyes et Ruth Sullivan, « L'interaction du droit international et du droit national dans une

dans le cadre de ce mécanisme, puisque l'*ALÉ* et ensuite l'*ALÉNA* ont préséance sur les lois canadiennes. En effet, ces accords sont incorporés dans le droit interne canadien par des lois les rendant applicables²⁶.

La libéralisation des échanges entre le Canada et les États-Unis a aussi suscité des appréhensions nombreuses, notamment en ce qui regarde la sauvegarde des programmes sociaux, des politiques de développement régional et de la spécificité culturelle. Pour les négociateurs canadiens de l'*ALÉ*, cette sauvegarde ne pouvait être remise en cause de quelque façon que ce soit. Il est possible d'affirmer que cet objectif primordial a été atteint en partie²⁷. Ni l'*ALÉ*, ni l'*ALÉNA*, ni les dispositions de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) mise sur pied en 1994, ne compromettent explicitement les programmes sociaux canadiens et la capacité des États, autant sur le plan provincial que fédéral, de promouvoir le développement régional²⁸. Toutefois, le libre-échange devient un argument d'autorité pour les tenants du désengagement de l'État. Ainsi, en invoquant la compétitivité avec les États-Unis, mais aussi le fardeau de la dette publique, les gouvernements fédéraux depuis l'*ALÉ* n'hésitent pas à couper dans leurs programmes sociaux, et la réforme de l'assurance-emploi depuis 1991 constitue là un cas patent de cette approche²⁹.

Avec un certain recul, il est possible de constater que, malgré tout le brouhaha engendré par la négociation de l'*ALÉ*, d'autres facteurs sont aussi responsables des fluctuations de l'économie canadienne. Il est difficile de dissocier le rôle de l'*ALÉ* — et par extension de l'*ALÉNA* — avec ceux joués par la mondialisation des marchés, la conclusion du cycle de l'Uruguay et la création de l'Organisation mondiale du commerce au 1^{er} janvier de l'an 1995, les réactions sécuritaires conséquentes aux événements du 11 septembre 2001, et surtout aux mesures fiscales et monétaires des gouvernements canadiens et américains. Nul ne devrait donc être surpris de constater que les études nombreuses qui évaluent les impacts de l'*ALÉ* plus de trente ans plus tard sont toujours campées dans des positions diverses et contradictoires. Il n'en demeure pas moins que l'*ALÉ* a non seulement dramatiquement altéré les relations économiques entre le Canada et les États-Unis, mais a également servi de modèle pour

perspective législative » (2 août 2005) à la p 3, en ligne (pdf) : *CIAJ-ICAJ* <<https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/import/LD/LD2006/LD124.pdf?id=926&ts=1628776205>>.

²⁶ Voir Gilbert Gagné, « Le règlement des différends » dans Brunelle et Deblock, *ibid*, aux pp 299-323.

²⁷ C'est notamment le cas pour le Québec. Voir Stéphane Paquin et Louis-Alexandre Kirouac, *L'impact de l'ALÉNA sur le Québec pour les nuls*, Note de recherche, Montréal, GERIQ, 2014.

²⁸ Par souci de concision, nous traitons sommairement les négociations ayant mené à la ratification de l'*ALÉNA*, ainsi que la création de l'OMC. Notre choix est motivé par l'objectif de cet article, qui est de tracer l'évolution des relations économiques canado-américaines à partir d'une perspective canadienne. Bien que la négociation de l'*ALÉNA* ait donné lieu à de vives réactions au Canada, elle a surtout suscité le plus de controverses au sud de la frontière. De toute évidence, l'*ALÉNA* représente une version améliorée et élargie de l'*ALÉ*, dans des secteurs tels que la propriété intellectuelle, les règles contre les distorsions liées aux investissements et les marchés financiers. En ce sens, cet *Accord* a servi de modèle pour de futures négociations commerciales. Nous estimons cependant que c'est l'*ALÉ*, et non pas l'*ALÉNA*, qui a le plus profondément redéfini les rapports commerciaux entre Ottawa et Washington.

²⁹ John W. Foster et John Dillon, « Le Canada et l'*ALÉNA* 10 ans plus tard » dans Brunelle et Deblock, *supra* note 25 aux pp 220-223. Sur la réforme de l'assurance-emploi, voir Ann Porter, *Gendered States. Women, Unemployment Insurance, and the Political Economy of the Welfare State in Canada, 1945-1997*, Toronto, University of Toronto Press, 2003.

une série d'accords bilatéraux contractés subséquemment. Pour sa part, l'*ALÉNA* représentait à l'époque l'accord le plus complet, détaillé et complexe, à l'exception notoire des marchés communs, et il constituait la première négociation entre des partenaires industrialisés et un pays en voie de développement. Cependant, dans un environnement international marqué par une mondialisation en expansion, il était devenu indéniable qu'il existait une note discordante entre le modèle contractuel de l'*ALÉ* et de l'*ALÉNA* et les enjeux contemporains du commerce et de la finance internationale.

III. Du confort de l'indifférence à la frénésie de la renégociation du cadre économique nord-américain

À partir de 1993, l'*ALÉNA* régit la plupart des rapports commerciaux entre le Canada et les États-Unis, sans toutefois négliger les influences directes de l'OMC. Si l'on s'en tient au but premier de hausser les échanges commerciaux nord-américains, l'*ALÉNA* montre des succès incontestés. Trente ans après la signature de l'accord, les échanges annuels de biens et services entre les trois pays atteignent les 1300 milliards de dollars américains et les chaînes de valeurs entre ces derniers se consolident à un rythme accéléré. Toutefois, malgré certaines lacunes et un décalage avéré avec de nouveaux enjeux économiques internationaux qui sont rapidement devenus apparents, il existe peu d'appétit politique pour moderniser l'*ALÉNA* avant l'entrée en scène de Donald Trump. Après son élection, le président Trump notifie au Congrès son intention de renégocier l'*ALÉNA* le 18 mai 2017. Après sept cycles de négociations qui ont débuté en août de la même année, le premier ministre Justin Trudeau, les présidents Donald Trump et Enrique Peña Nieto concluent l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM)* le 30 novembre 2018. Celui-ci entre en vigueur le 1^{er} juillet 2020, non sans nécessiter l'ajout d'un protocole d'amendement le 10 décembre 2019. Les pourparlers se sont déroulés sous la menace constante de la présidence Trump d'invoquer l'article 2205 de l'*ALÉNA* : les parties doivent donner un avis d'intention de six mois avant de se retirer de l'accord. Il est hors de la portée de cette étude d'évaluer les gains et les pertes de chaque partie aux négociations, mais à notre avis, le couperet de l'article 2205 a eu très peu d'effets sur l'issue des négociations, car la révocation de l'*ALÉNA* ne représente pas le seul levier de pression des négociateurs américains. Que ce soit par le recours à l'article 232 de la loi de 1962 sur l'expansion du commerce pour imposer des tarifs douaniers sur l'aluminium et l'acier canadiens et mexicains — mesure connue sous le titre de Sauvegarde de la souveraineté nationale —, ou avec la nécessité de signer un protocole d'amendement à l'*ACÉUM* en décembre 2019 afin de répondre à certaines appréhensions du Congrès, Washington n'a pas hésité à utiliser tous les outils de sa politique commerciale pour infléchir les résultats de la négociation. Le président Trump et son entourage se sont également appuyés sur la stratégie classique du « diviser pour régner » pour parvenir à leurs fins. L'*ACÉUM* devait surtout servir à régler des comptes laissés en suspens par l'*ALÉNA* quant à certaines politiques protectionnistes mexicaines. En ce qui concerne le Canada, la négociation prévoyait à l'origine quelques petits ajustements marginaux. Or, à la surprise de ses partenaires canadiens, le président Trump annonce le 27 août 2018, une entente à l'amiable avec les Mexicains. Il force

ainsi la main aux Canadiens qui réintègrent les pourparlers le lendemain. On perçoit dans cette cabriole une volonté de Donald Trump de favoriser les accords bilatéraux. Un autre pilier de cette stratégie « trumpienne³⁰ », soit le recours aux sanctions extraterritoriales, s'affirme dans l'article 32.10, communément appelé la « clause Chine ». Cet article stipule qu'une partie prenante de l'ACÉUM doit aviser les autres parties de son intention de signer un accord commercial avec une tierce partie qui n'est pas considérée comme une économie de marché. Adoptée en dépit de l'avis contraire d'un partenaire nord-américain, la conclusion d'une telle entente avec cette tierce partie pourrait mener éventuellement à l'exclusion d'une partie, voire à la dissolution de l'ACÉUM.

L'ACÉUM constitue l'entente commerciale la plus marquante entre le Canada et les États-Unis depuis la mise en œuvre de l'ALÉNA, surtout en tenant compte du retrait immédiat des Américains de la négociation du *Partenariat transpacifique (PTP)*, seulement deux jours après l'entrée en fonction de Donald Trump. L'ACÉUM pourrait être jugé, à juste titre, comme un recul face au libéralisme économique qui caractérisait l'ALÉNA. À titre d'exemple, mentionnons l'affaiblissement de la protection accordée aux investisseurs, les nouvelles règles d'origine plus restrictives dans le secteur automobile et la clause crépusculaire. L'ACÉUM représente plutôt une réelle revitalisation des rapports économiques nord-américains, avec des chapitres nouveaux ou modernisés portant entre autres sur le commerce électronique et numérique, les entreprises étatiques, la propriété intellectuelle, le renforcement des règles environnementales et un accent accru sur le droit des travailleurs. Plusieurs de ces chapitres constituent un calque de ce qui était déjà prévu dans les dispositions du *PTP*. Toutefois, malgré les chemins tortueux d'une négociation qui s'est déroulée à un rythme effréné, les résultats finaux doivent retenir l'attention. David Gantz note avec justesse que le contenu de l'ACÉUM découle d'une combinaison de plusieurs facteurs : la continuité de l'ALÉNA, l'influence du *PTP*, de nouveaux concepts introduits par Donald Trump et un fort leadership du Parti démocrate au Congrès³¹. Il ne faudrait pas conclure que les négociateurs canadiens et mexicains ont joué des rôles de figurants dans cette tragico-comédie orchestrée par Donald Trump. Bien au contraire, ils ont su user de perspicacité et de diplomatie pour tracer des lignes dans le sable lorsque la situation le suggérait, comme ce fut le cas avec le maintien des recours commerciaux, ou pour cajoler l'ego de Donald Trump aux moments opportuns.

Certains parallèles peuvent être tracés entre les contextes respectifs de négociation de l'ALÉ et de l'ACÉUM. Les deux s'inscrivent dans la perspective de la reprise après une crise économique sévère et une reconfiguration de la politique commerciale américaine. Dans les deux cas, le multilatéralisme commercial bat de l'aile, alors que le compétitivisme prend de l'importance. À la sortie de la négociation du cycle de Tokyo du *GATT*, les Américains manifestent ouvertement leur scepticisme

³⁰ De notre avis, la stratégie commerciale à moyen terme de Trump repose sur un triptyque composé de l'unilatéralisme agressif pour ouvrir les marchés aux produits et services américains, la négociation commerciale bilatérale pour montrer tout le poids des rapports de force de son pays et les sanctions extraterritoriales pour contrer la montée de la Chine.

³¹ David A. Gantz, *Introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement*, Northampton (MA), Edward Elgar Publishing, 2021 à la p 13.

face aux institutions libérales internationales. À l'époque, il ne s'agit pas d'un repli sur soi ou d'une « déconnexion » commerciale, mais plutôt d'une « reconnexion » selon les termes d'une puissance hégémonique qui exprime ouvertement son désir de se maintenir son ascendant sur le monde. C'est également dans cette perspective qu'il faut évaluer la stratégie internationale, souvent jugée chaotique, de la présidence Trump. Au début des années 1980, une antipathie persistante existe entre Pierre Elliott Trudeau et Ronald Reagan. L'arrivée de son « compère irlandais », Brian Mulroney, est alors perçue comme une bouffée d'air frais par le président américain. Quelque quarante années plus tard, la renégociation de l'*ALÉNA* ne s'inscrit pas dans l'atmosphère cordiale de la relation Mulroney-Reagan. Ce facteur nous incite à ne pas insister sur les traits communs entre la négociation de l'*ALÉ* et celle de l'*ACÉUM*. Ainsi, contrairement aux exactions de Donald Trump face à ses alliés pour que ces derniers soient « pour ou contre lui » dans sa lutte contre la Chine, Ronald Reagan ne pousse pas l'odieux jusqu'au point de considérer ses partenaires commerciaux comme des rivaux, malgré de fortes appréhensions concernant la politique industrielle japonaise. Comme le montre la négociation d'un accord entre les États-Unis et le Japon en 1981, accord appelant à des restrictions volontaires d'exportation dans le secteur automobile, les Américains s'appuyaient sur une conception gagnant-gagnant du commerce international. La perspective trumpienne s'inscrit aux antipodes de cette conception de l'économie mondiale. Que ce soit dans un effort de résolution de la guerre commerciale sino-américaine ou même dans la renégociation des termes de l'*ALÉNA*, Trump et ses proches conseillers jugent que le gain de l'un doit inéluctablement s'inscrire aux dépens de l'autre. Certes, l'*ACÉUM* comprend une certaine part de contractualisme et s'appuie sur un modèle institutionnel qui caractérisaient l'*ALÉ* et l'*ALÉNA*. Cependant, comme Christian Deblock le mentionne, le nouvel accord s'inscrit dans une quatrième vague de négociations, où les initiatives plurilatérales de partenariat portant sur des enjeux de plus en plus divers et complexes priment³². Nous errerions si nous attribuons une part trop décisive aux lubies de Donald Trump pour expliquer le réalignement des relations commerciales entre le Canada et les États-Unis. Il s'agirait alors d'ignorer la reconfiguration de l'échiquier commercial international qui a pris cours depuis la mise en œuvre de l'*ALÉNA*. Comme preuve à l'appui de notre analyse, bien qu'il soit vrai que l'*ACÉUM* contient quelques dispositions qui font sourciller, il respecte les grands traits de ce qui avait été négocié par l'administration Obama pour la création du *PTP*.

Comme la récente négociation de l'*ACÉUM* nous le rappelle, l'histoire des relations commerciales entre le Canada et les États-Unis ne fut pas celle d'un long fleuve tranquille. Les négociations ont été façonnées tout autant par des éléments

³² Christian Deblock, « Unilatéralisme, bilatéralisme... est-ce la fin du multilatéralisme » dans Mathieu Arès, Éric Boulanger et Éric Mottet, dir, *La guerre par d'autres moyens : rivalités économiques et négociations commerciales au XXI^e siècle*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2021 aux pp 119-127.

conjoncturels, tels que les crises économiques et politiques, que par des facteurs idiosyncrasiques, comme les liens d'amitié entre les principaux dirigeants politiques. Nous avons fait le choix conscient de porter une attention particulière aux négociations bilatérales entre les deux pays. Il ne faut pas en conclure que les relations commerciales canado-américaines se limitent à ces grands événements. Les rapports commerciaux entre les Canadiens et les Américains évoluent tous les jours. Nous ne saurions passer sous silence l'influence des accords multilatéraux, ou même les ententes d'un des deux pays avec une tierce partie, sur ces mêmes relations. Comme nous avons pu le constater récemment, un accord préliminaire entre les États-Unis et le Mexique, qui excluait initialement le Canada, a eu un impact certain sur le contenu final de l'ACÉUM. De même, malgré son retrait du *PTP*, les Américains sont fortement liés à cet accord par l'entremise de l'ACÉUM. Il est incontestable que la conception trumpienne du commerce international a eu une incidence prépondérante sur la conclusion de l'accord, mais il ne faudrait pas estimer que l'arrivée au pouvoir de la présidence de Joseph Biden entraînera une remise en cause de la légitimité de l'ACÉUM. Lorsque le vin est tiré, il faut le boire. Le futur des relations économiques entre les deux États passera de toute évidence par un engagement américain au sein du *Partenariat transpacifique progressiste et global (PTPGP)*³³ et une série d'accords plurilatéraux contractés au sein de l'OMC.

³³ *Partenariat transpacifique global et progressif*, 8 mars 2018, 2018 RTNU 56101 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018).

GOVERNANCE MULTINIVEAU ET NÉGOCIATIONS COMMERCIALES : LE RÔLE DU QUÉBEC ET DE L'ONTARIO DANS LA RENÉGOCIATION DE L'ALÉNA, DU PTPGP ET DE L'AECG

Stéphane Paquin et Laurence Marquis***

Les gouvernements infranationaux, comme les provinces canadiennes, ne sont pas considérés comme des acteurs importants dans la recherche sur les négociations commerciales. Cette négligence contraste grandement avec l'impact que ces gouvernements ont maintenant sur les accords commerciaux internationaux ainsi qu'avec les effets grandissants de ces accords sur les champs de compétence et les intérêts de ces gouvernements. Les accords commerciaux de « nouvelle génération » abordent de plus en plus des domaines relevant de la compétence des gouvernements infranationaux, qu'il s'agisse des marchés publics, du travail, des monopoles et des sociétés d'État, des investissements, de l'environnement ou du développement durable. Cette évolution a rendu l'implication des gouvernements infranationaux plus critique. Afin d'éviter de devenir de simples exécutants, des accords commerciaux négociés par les gouvernements centraux, les gouvernements infranationaux, comme les provinces canadiennes, se sont davantage impliqués et ont exercé une plus grande influence dans les négociations commerciales. Toutefois, cette situation ne reflète pas une progression linéaire. Lors de la récente renégociation de l'ALÉNA, les provinces canadiennes ont tenu un rôle moins important que lors de la négociation de l'AECG, mais un plus grand rôle que lors de la négociation du PTPGP. Cet article compare le rôle joué par l'Ontario et le Québec dans la renégociation de l'ALÉNA avec les négociations de l'AECG et du PTPGP.

Substate governments are not considered important actors in IPE, and tend to be overlooked in the literature on trade negotiations. This neglect in scholarly work contrasts uncomfortably with the impact substate governments now have on international trade agreements, and the impact of trade negotiations on the interests of subnational governments. "New generation" trade agreements increasingly involve areas under the jurisdiction of subnational governments, whether public procurement, labour, state monopolies and corporations, investment, the environment or sustainable development. This evolution has made subnational government involvement more critical. In order to avoid becoming mere implementers of trade agreements negotiated by the central government, subnational governments, like the Canadian provinces, have become more involved and have exerted greater influence in trade negotiations. However, this situation does not reflect a linear progression. During the renegotiation of *NAFTA*, the Canadian provinces had a less important role than during the *CETA* negotiation, but a more important role than in the *CPTPP* negotiation. This article compares the role Ontario and Québec played in the *NAFTA* renegotiations with *CETA* and *CPTPP* negotiations.

Los gobiernos subnacionales, como las provincias canadienses, no se consideran actores importantes en la investigación de las negociaciones comerciales. Esta negligencia contrasta con el impacto que estos gobiernos tienen actualmente en los acuerdos comerciales internacionales y el creciente impacto de estos acuerdos en las jurisdicciones e intereses de estos gobiernos. La "nueva generación" de acuerdos comerciales aborda cada vez más áreas de jurisdicción de los gobiernos subnacionales, ya sea la contratación pública, el trabajo, los monopolios y las empresas estatales, la inversión, el medio ambiente o el desarrollo sostenible. Estos acontecimientos han hecho que la participación de los gobiernos subnacionales sea más crítica. Para evitar convertirse en simples ejecutores de los acuerdos comerciales negociados por los gobiernos centrales,

* Professeur titulaire, École nationale d'administration publique, Québec (Canada). Courriel : stephane.paquin@enap.ca; Site Internet : stephanepaquin.com; Orcid ID : orcid.org/0000-0001-9830-1132; Twitter : [@paquin_stephane](https://twitter.com/paquin_stephane). Cet article a été rendu possible grâce aux fonds du Secrétariat du Québec aux relations canadiennes.

** Boursière Gem-Stones, doctorante en droit à l'Université Laval, Québec (Canada) et à l'Université LUISS (Italie) et avocate au Cabinet Yves Fortier; Courriel : laurence.marquis@gemstones.eu.

los gobiernos subnacionales, como las provincias canadienses, se han implicado más e influyen en las negociaciones comerciales. Sin embargo, esto no refleja una progresión lineal. En la reciente renegociación del *TLCAN*, las provincias canadienses desempeñaron un papel menor que en las negociaciones del *AECG*, pero mayor que en la negociación del *TTP*. Este artículo compara el papel desempeñado por Ontario y Quebec en la renegociación del *TLCAN* con las negociaciones del *AECG* y el *TTP*.

L'importante attention internationale suscitée par l'opposition de la Wallonie à l'*Accord économique et commercial global (AECG)* fait figure d'exception dans les négociations commerciales. Les spécialistes des négociations commerciales ont tendance à ignorer les acteurs infra-étatiques et à se concentrer plutôt sur les gouvernements centraux ou l'Union européenne, les groupes de pression, les organisations non gouvernementales, les multinationales ou même l'opinion publique. Cette lacune dans les travaux universitaires contraste de plus en plus avec l'impact qu'ont actuellement les gouvernements des États fédérés sur les négociations commerciales internationales¹.

Ces conceptions des négociations commerciales et du rôle des gouvernements infranationaux dans ces négociations sont désormais dépassées. Les négociations commerciales internationales abordent des questions qui sont de plus en plus pertinentes pour les gouvernements infranationaux, telles que le règlement des différends entre investisseurs et États, la suppression des barrières non tarifaires, les subventions aux entreprises, les marchés publics, la coopération en matière de réglementation, les services, la santé publique, l'agriculture, la mobilité de la main-d'œuvre, la protection de l'environnement, etc. Aujourd'hui, les négociations commerciales ne se limitent plus aux domaines relevant de la compétence exclusive des gouvernements centraux ou fédéraux².

Les gouvernements centraux — ou l'Union européenne en Europe — ne peuvent plus être considérés comme ayant le monopole dans les faits des négociations commerciales internationales³. Les gouvernements infranationaux jouent un rôle fondamental, ne serait-ce qu'en raison de leur responsabilité dans la mise en œuvre des accords internationaux⁴. De même, de nombreux régimes fédéraux et supranationaux fonctionnent avec d'importantes limitations constitutionnelles de leurs pouvoirs en matière de négociations commerciales.

La récente renégociation de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*, un accord commercial qui touche profondément les intérêts des provinces canadiennes, offre l'occasion d'examiner ces questions. Elle nous permet également de

¹ Stéphane Paquin, « L'affirmation des États fédérés dans les négociations commerciales internationales : le cas de l'accord entre le Canada et l'Union européenne » (2020) 27:1 R Intl politique comparée 141 [« L'affirmation des États fédérés »]; Christian Freudsperger, *Trade Policy in Multilevel Government: Organizing Openness*, Oxford, Oxford University Press, 2020 aux pp 7-8, 53-54 [« Trade Policy »]; Christian Freudsperger, « More voice, less exit: Sub-federal resistance to international procurement liberalization in the European Union, the United States and Canada » (2018) 25:11 J European Public Policy 1686; Jörg Broschek et Patricia Goff, dir, *The Multilevel Politics of Trade*, Toronto, University of Toronto Press, 2020.

² Patricia Goff, « Canadian Trade Negotiations in an Era of Deep Integration » (2016) Centre for International Governance Innovation Document de travail No 88 aux pp 5-7, en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/sites/default/files/cigi_paper_no.88_web_0.pdf>; Stéphane Paquin, « Fédéralisme et négociations commerciales au Canada : l'ALE, l'AECG et le PTP comparés » (2017) 48:3-4 R Études Intl 347 « Fédéralisme »; Yelter Bollen, Ferdi De Ville et Niels Gheyle, « From Nada to Namur : Sub-federal Parliaments' Involvement in European Union Trade Politics, and the Case of Belgium » dans Broschek et Goff, *supra* note 1, 256.

³ Broschek et Goff, *ibid*; Brian Hocking, *Localizing Foreign Policy : Non-Central Governments and Multilayered Diplomacy*, Londres, St. Martin's Press, 1993.

⁴ Michaël Tatham, « The Rise of Regional Influence in the EU, from Soft Policy Lobbying to Hard Vetoing » (2018) 56:3 J Common Market Studies 672 [« Rise of Regional Influence in the EU »].

suivre l'évolution du rôle des provinces depuis les négociations de l'*AECG* entre le Canada et l'Union européenne et de l'*Accord de partenariat transpacifique (PTP)*, devenu par la suite l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, après le retrait des États-Unis et la négociation d'un nouvel accord au début de 2018 (pour simplifier nous utiliserons l'acronyme de *PTPGP* dans cet article). Lors des négociations de l'*AECG*, les provinces ont bénéficié d'un accès, d'une contribution et d'une participation sans précédent, alors que dans le cadre des négociations du *PTPGP*, le gouvernement fédéral n'a accordé aux provinces qu'une participation très limitée.

Dans cet article, nous nous concentrons sur le rôle qu'ont joué l'Ontario et le Québec dans les négociations, soit les deux provinces les plus importantes au Canada, tant sur le plan du PIB que de la population. De plus, les négociations ont touché des domaines de compétence provinciale particulièrement sensibles pour les deux provinces. Nous présentons les résultats des entretiens semi-dirigés que nous avons menés pendant et après la renégociation de l'*ALÉNA* avec des fonctionnaires, des conseillers et des experts de l'Ontario, du Québec et du Canada qui ont été étroitement impliqués dans le processus. Au total, les entretiens représentent plus de vingt-six heures de discussions avec des acteurs clés. Nous comparons ensuite ces entrevues avec les nombreux entretiens que nous avons réalisés lors des négociations antérieures de l'*AECG* et du *PTPGP*. Le guide d'entrevue a été approuvé par le comité d'éthique de l'École nationale d'administration publique.

Dans l'ensemble, notre analyse de la renégociation de l'*ALÉNA* révèle que les provinces canadiennes, et notamment l'Ontario et le Québec, ne se sont pas contentées de mettre en œuvre les accords commerciaux conclus par le gouvernement fédéral; elles se sont davantage impliquées dans les négociations commerciales. Cette évolution a eu un effet profond sur la répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces et confirme la nature multiniveau des négociations commerciales. Toutefois, cette situation n'est pas le résultat d'une progression linéaire. Pendant la renégociation de l'*ALÉNA*, la relation entre les niveaux fédéral et provincial s'est située quelque part entre les relations établies pendant les négociations de l'*AECG* et du *PTPGP*. L'*AECG* a marqué le zénith de la coopération fédérale-provinciale, notamment parce que l'Union européenne elle-même a exigé que les thèmes de compétence provinciale soient discutés pendant la négociation ce qui a facilité une participation des provinces aux négociations comme telles.⁵ Le niveau de partage de l'information, de participation et de discussion sur chaque aspect de la négociation a été sans précédent. En outre, l'*AECG* a permis aux responsables provinciaux et fédéraux de la politique commerciale d'améliorer considérablement leurs connaissances, et a obligé les provinces et les territoires à travailler ensemble. Comme les délais étaient moins serrés pendant les négociations de l'*AECG*, les provinces ont été en mesure d'articuler correctement leurs

⁵ Encore aujourd'hui, les représentants fédéraux et provinciaux ne s'entendent pas sur un point important. Selon deux fonctionnaires fédéraux, l'Union européenne a demandé au gouvernement fédéral l'assurance que les provinces accepteraient de négocier sur les questions touchant leurs domaines de compétence. Afin de faciliter la chose, le gouvernement fédéral aurait décidé d'inviter les provinces à la table de négociation. À l'inverse, plusieurs fonctionnaires et dirigeant provinciaux ont plutôt soutenus que l'Union européenne, intéressée par-dessus tout à intégrer les marchés publics, domaine de compétence des provinces, aurait insisté sur leur participation à la table de négociation.

intérêts stratégiques. Au cours des négociations du *PTPGP*, le gouvernement fédéral a semblé se retirer délibérément de l'approche inclusive instaurée avec l'*AECG*.

Il faut noter que l'Ontario et le Québec ont eu des expériences quelque peu différentes dans ces négociations. Pour l'Ontario, le processus de renégociation de l'*ALÉNA* ressemblait davantage à ce que les provinces avaient vécu avec l'*AECG*. Pour l'équipe du Québec cependant, cette renégociation est apparue comme une démarche plus proche de la négociation du *PTPGP*, négociation dans laquelle les provinces ont été engagées principalement par l'intermédiaire de mises à jour régulières, mais avec relativement peu de consultations. Dans l'ensemble, les provinces et les territoires ont davantage participé à la renégociation de l'*ALÉNA* qu'ils ne l'avaient fait dans le cadre du *PTPGP*, même s'ils ont été exclus des tables de négociation. Lors de la renégociation de l'*ALÉNA*, le gouvernement du Québec a trouvé les relations avec Ottawa plus difficiles que l'Ontario, surtout vers la fin des négociations, alors qu'il n'était pas informé des décisions finales et qu'il avait peu d'influence sur la stratégie du gouvernement fédéral.

Cet article est divisé en deux parties principales. Dans la première, nous présentons une analyse de la littérature sur les négociations commerciales internationales et les gouvernements infra-étatiques. Dans la seconde, nous nous concentrons sur le rôle que l'Ontario et le Québec ont joué dans la renégociation de l'*ALÉNA* et nous le comparons à leur expérience lors des négociations de l'*AECG* et du *PTPGP*.

I. Les négociations commerciales internationales et les gouvernements infranationaux

Le rôle des gouvernements infranationaux dans les négociations commerciales n'a pas encore été théorisé de manière satisfaisante. Dans le passé, de nombreux spécialistes du fédéralisme ont formulé des mises en garde contre l'implication des gouvernements infranationaux dans les négociations internationales⁶. Le professeur Kenneth Wheare, un théoricien de premier plan dans ce domaine, a affirmé que le monopole des affaires étrangères et des négociations étrangères est un « pouvoir minimal » de tous les gouvernements centraux⁷. L'inclusion de gouvernements infranationaux dans les négociations internationales peut conduire au « piège de la décision conjointe » théorisé par Fritz Scharpf⁸. L'hypothèse de Scharpf sur l'inclusion des gouvernements infra-étatiques appliquée aux négociations commerciales devrait conduire ces acteurs à mettre de l'avant des intérêts défensifs, encourageant ainsi le protectionnisme. L'inclusion des gouvernements des États fédérés risquerait de

⁶ Stéphane Paquin, « Federalism and Compliance with International Agreements: Belgium and Canada Compared » (2010) 5:1-2 *The Hague J Diplomacy* 173 (reproduit dans David Crikemans, dir, *Regional Sub-State Diplomacy Today*, Leiden, Brill, 2011, 173).

⁷ Kenneth Wheare, *Federal Government*, Oxford, Oxford University Press, 1967.

⁸ Fritz Scharpf, « The Joint-Decision Trap: Lessons from the German Federalism and European Integration » (1988) 66:3 *Public Administration* 239.

paralyser les négociations commerciales internationales d'un État, ce qui va dans le sens de l'argument de Wheare.

Christian Freudlsperger⁹ apporte une contribution importante sur cette question en soutenant que la participation des provinces canadiennes aux négociations de l'*AECG* invalide la théorie du « piège de la décision conjointe » de Fritz Scharpf¹⁰. Lors des négociations de l'*AECG*, ce sont, selon lui, les négociateurs de la Commission européenne qui ont insisté pour que les provinces fassent partie de la délégation canadienne, puisqu'ils souhaitaient garantir l'accès des entreprises européennes aux marchés publics des municipalités et des gouvernements provinciaux du Canada¹¹. Les négociateurs ont estimé que l'inclusion des provinces dans le processus de négociation rendrait ces dernières plus disposées à prendre des engagements et à faire des concessions importantes. L'enjeu est de taille : selon Freudlsperger, les marchés publics des États et des municipalités représentent environ deux tiers des marchés publics dans les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹². Au Canada, ces marchés représentent environ 224 milliards de dollars américains, soit près de 14 % du PIB du Canada¹³. Contrairement à la prédiction déduite à partir de la théorie de Scharpf, les provinces canadiennes ont proposé au cours des négociations les concessions les plus importantes de leur histoire en matière de marchés publics, tout le contraire du protectionnisme¹⁴.

Un autre angle dans cette analyse concerne l'influence des gouvernements infranationaux sur les négociations elles-mêmes. Kersschot, Kerremans et De Bièvre constatent une asymétrie d'influence, dans le contexte de l'Union européenne, entre les différentes autorités régionales ou infranationales¹⁵. En Europe, c'est l'Union européenne, et non les États membres, qui a la responsabilité constitutionnelle des négociations commerciales. Selon Kersschot et ses collègues, certaines régions sont des acteurs « principaux » disposant d'un « droit de veto », comme la Flandre ou la Wallonie, tandis que d'autres représentent un acteur « principal collectif » qui ne peut influencer les décisions que par le biais d'une institution collective, comme les Länder allemands par l'entremise du Bundesrat. Enfin, lorsque les régions ne disposent pas de pouvoir constitutionnel leur permettant d'exercer une influence au moyen de mécanismes intergouvernementaux ou d'apposer leur veto au processus, elles ne peuvent agir que comme des « émetteurs-récepteurs ».

Les gouvernements des États fédérés d'Europe qui ont le plus de pouvoir pour influencer les négociations commerciales se trouvent en Belgique. Leur participation à la délégation belge au Conseil européen leur permet d'exercer une influence sur la Commission européenne. De plus, dans le contexte de l'Union européenne, lorsqu'un

⁹ Freudlsperger, « Trade Policy », *supra* note 1.

¹⁰ Scharpf, *supra* note 8.

¹¹ *Supra* note 5.

¹² Freudlsperger, « Trade Policy », *supra* note 1.

¹³ *Ibid* aux pp 53-54.

¹⁴ *Ibid* aux pp 7-8, 53-54.

¹⁵ Margaux Kersschot, Bart Kerremans et Dirk De Bièvre, « Principals and Transceivers : Regional Authorities in EU Trade Negotiations » (2020) 2:1 Political Research Exchange 1 aux pp 4-5.

accord commercial est classé comme mixte, comme c'est le cas de l'*AECG*, certaines procédures nationales exigent, pour qu'il soit pleinement mis en œuvre, que les parlements régionaux donnent leur consentement avant que le gouvernement fédéral puisse signer et ratifier l'accord¹⁶. Cela signifie que les vingt-huit États membres de l'Union européenne (c'était avant le Brexit), avec leurs trente-huit parlements nationaux et infra-étatiques, devaient soutenir l'*AECG* avant qu'il puisse entrer pleinement en vigueur. L'*AECG* est entré en vigueur et est appliqué de façon provisoire depuis le 21 septembre 2017¹⁷ et n'est toujours pas encore pleinement en vigueur.

En Belgique, le Parlement fédéral et le Parlement flamand ont approuvé la signature de l'*AECG*, mais pas le Parlement wallon, ni la Région de Bruxelles-Capitale, ni la Communauté française de Belgique. En échange de son soutien, la Wallonie a pu demander et obtenir l'inclusion d'un instrument juridique interprétatif pour clarifier certaines parties de l'accord¹⁸.

Selon Kersschot, Kerremans et De Bièvre, les autorités régionales comme l'Écosse, qui n'ont pas le pouvoir constitutionnel d'apposer un veto ou de se mobiliser collectivement par l'entremise d'une institution telle qu'un sénat, ne peuvent agir que comme des « émetteurs-récepteurs »¹⁹. Lorsque la Grande-Bretagne était membre de l'Union européenne, l'Écosse ne disposait en réalité que de moyens d'influence limités puisqu'elle n'avait pas de droit de veto, qu'elle avait peu accès aux négociateurs commerciaux par le truchement des mécanismes intergouvernementaux et qu'elle ne pouvait pas bloquer les accords internationaux par le biais de la Chambre des lords²⁰.

Il serait toutefois erroné de conclure que les « émetteurs-récepteurs » ont peu d'influence dans les négociations commerciales. Bien que la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement du Canada la responsabilité exclusive du commerce international, on s'accorde de plus en plus pour dire que les provinces canadiennes sont davantage impliquées et influentes dans les négociations commerciales²¹. La source de

¹⁶ Union européenne, « Negotiating EU Trade Agreements: Who Does What and How We Reach a Final Deal » (2018) à la p 7, en ligne (pdf) :

<trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149616.pdf>; Guillaume Van der Loo, « CETA's Signature : 38 Statements, a Joint Interpretative Instrument and an Uncertain Future » (31 octobre 2016) à la p 4, en ligne (pdf) : *CEPS Commentary* <aei.pitt.edu/80602/1/GvDL_CETA_II.pdf>.

¹⁷ *L'Accord de continuité commerciale Canada-Royaume-Uni* est pour sa part entré en vigueur le 1er avril 2021, préservant ainsi l'accès préférentiel aux marchés pour les entreprises canadiennes et britanniques.

¹⁸ Paquin, « L'affirmation des États fédérés », *supra* note 1; Paul Magnette, *CETA : Quand l'Europe déraille*, Waterloo, Éditions Luc Pire, 2017.

¹⁹ Kersschot, Kerremans et De Bièvre, *supra* note 15 à la p 11.

²⁰ Stéphane Paquin et al, « Substate governments role in Canadian and British Trade Policy, as seen from Québec and Scotland » (2021) 76:1 Intl J 85 à la p 89.

²¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91 (2), reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5; Paquin, « Fédéralisme », *supra* note 2; Hugo Cyr et Armand de Mestral, « International Treaty-Making and the Treaty Implementation » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 595; Grace Skogstad, « International Trade Policy and the Evolution of Canadian Federalism » dans Herman Bakvis et Grace Skogstad, dir, *Canadian Federalism*, 3^e éd, Don Mills, Oxford University Press, 2012, 204; Richard Ouellet et Guillaume Beaumier, « L'activité du Québec en matière de commerce international : de l'énonciation de la doctrine Gérin-Lajoie à la négociation de l'AECG » (2016) RQDI (hors-série juin) 67; Christopher J. Kukucha, « Provincial/Territorial Governments and the Negotiation

leur influence est particulièrement intéressante ici. Les provinces canadiennes n'ont pas la possibilité d'apposer leur veto à une négociation commerciale menée par le Canada, et le gouvernement fédéral dispose d'un pouvoir plénier en matière de commerce international et peut négocier dans des domaines de compétence provinciale exclusive. De plus, le Sénat canadien ne représente pas les provinces. Cependant, contrairement à des pays comme le Mexique ou les États-Unis, au Canada, les traités n'ont pas d'effet direct sur le droit interne infranational : ils doivent être mis en œuvre aux niveaux fédéral et provincial. Cela rend essentielle l'adhésion des provinces lorsque les accords touchent à des domaines de compétence provinciale²². L'expérience de l'*AECG* indique que les limites formelles imposées aux provinces canadiennes ne les ont pas empêchées d'exercer une influence sans précédent dans les négociations, puisqu'elles ont pu influencer de l'intérieur sur les positions du gouvernement fédéral. Cette influence s'est révélée encore plus grande que celle de la Wallonie. Globalement, il semblerait que leur inclusion dans le processus de négociation soit plus forte que les pouvoirs formels. Cette situation suggère que le statut d'acteur international et l'influence des États fédérés sont plus complexes que la situation décrite par Keresschot, Kerremans et De Bièvre²³. Quel type d'acteur sont les gouvernements infranationaux dans les négociations commerciales internationales ? Leur statut international reste ambigu, car il est à la fois « lié à la souveraineté » et « libre de souveraineté »²⁴. Par conséquent, les gouvernements infranationaux ont développé deux approches principales pour influencer les négociations commerciales. La première repose sur les canaux extraétatiques et la seconde sur les canaux intraétatiques²⁵.

Le fait d'être lié à la souveraineté, ou d'être situé dans un État souverain comme l'Ontario et le Québec dans le Canada, permet aux gouvernements infranationaux d'avoir accès aux décideurs du gouvernement fédéral — y compris aux négociateurs commerciaux — par des voies intraétatiques ou les mécanismes intergouvernementaux. Depuis les années soixante-dix et quatre-vingt, un certain nombre de mécanismes de consultation entre les gouvernements fédéral et provinciaux ont été créés. Pour les négociations commerciales, le mécanisme intergouvernemental le plus important est connu sous le nom de forum « C-Commerce »²⁶. Les forums C-

of International Trade Agreements » (2016) octobre:10 IRPP Insight 1 [« Provincial/Territorial »]; Christopher J. Kukucha, *The Provinces and Canadian Foreign Trade Policy*, Vancouver, UBC Press, 2008; Patrick Fafard et Patrick Leblond, « Closing the Deal : What Role for the Provinces in the Final Stages of the CETA Negotiations? » (2013) 68:4 Intl J 553; Anthony VanDuzer, « Could an Intergovernmental Agreement Increase the Credibility of Canadian Treaty Commitments in Areas within Provincial Jurisdiction? » (2013) 68:4 Intl J 536.

²² Cyr et de Mestral, *supra* note 21 à la p 596; Ouellet et Beaumier, *supra* note 21.

²³ Keresschot, Kerremans et De Bièvre, *supra* note 15.

²⁴ James Rosenau, *Turbulence in World Politics : A Theory of Change and Continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990 à la p 36; Stéphane Paquin, *Paradiplomatie et relations internationales : théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation*, Bruxelles, Les Presses interuniversitaires européennes Peter-Lang, 2004 aux pp 19-20 [« Paradiplomatie »]; Bertrand Badie et Marie-Claude Smouts, *Le retournement du monde : sociologie de la scène internationale*, Paris, Dalloz, 1999.

²⁵ Michaël Tatham, « Regional Voices in the European Union : Subnational Influence in Multilevel Politics » (2015) 59:2 Intl Studies Q 387 [« Regional Voices »].

²⁶ Kukucha, « Provincial/Territorial », *supra* note 21.

Commerce ou C-Trade en anglais, qui réunissent des fonctionnaires des provinces et des territoires, sont régulièrement convoqués par le gouvernement fédéral pour examiner les questions de politique commerciale en cours et échanger les points de vue. Contrairement aux organisations non gouvernementales, les fonctionnaires provinciaux ont un accès privilégié aux réseaux diplomatiques et aux négociations commerciales internationales avec la capacité d'influencer leurs résultats²⁷. Au cours des négociations de l'*AECG* par exemple, le Québec a présenté plus de 150 analyses stratégiques aux négociateurs canadiens et a participé à plus de 275 réunions avec les négociateurs fédéraux, provinciaux et territoriaux. L'influence du Québec dans l'*AECG* s'est fait sentir sur de nombreuses questions, comme la coopération en matière de réglementation, la certification, la mobilité de la main-d'œuvre et la reconnaissance de la diversité de l'expression culturelle ou l'exemption culturelle, ainsi que sur certaines questions qui ont finalement été exclues de l'accord, comme les marchés publics de la société d'État Hydro-Québec²⁸.

Les gouvernements infranationaux jouissent également d'un statut « libre de souveraineté » dans la politique mondiale. Parce qu'ils ne sont pas reconnus comme des États souverains à part entière, ces gouvernements peuvent agir plus librement que les pays souverains, bénéficiant ainsi de certains avantages des acteurs de la société civile ou des organisations non gouvernementales. Dans le contexte européen, des régions comme la Wallonie peuvent utiliser des canaux extraétatiques pour s'engager auprès des institutions européennes, notamment par l'entremise du Comité des régions. Selon Tatham, dans le contexte européen, les canaux extraétatiques ont tendance à être mobilisés plus fréquemment que les canaux intraétatiques²⁹. Le contraire est vrai dans le cas de l'Amérique du Nord, puisque les États fédérés des trois fédérations nord-américaines — Canada, Mexique et États-Unis — ne disposent pas d'institutions supranationales. Ils privilégient donc les canaux intraétatiques, mais mènent également des discussions entre eux dans un nombre croissant de réseaux de gouvernements extraétatiques.

Ce qui manque à l'analyse de Tatham, c'est le fait que les provinces canadiennes peuvent également chercher à influencer les institutions européennes avant et pendant les négociations. Dans le cadre de leurs relations avec l'Union européenne, les provinces canadiennes, comme le Québec ou l'Ontario, pourraient également faire des représentations auprès des institutions européennes ou des acteurs de la politique commerciale. Le délégué général du Québec à Bruxelles, Christos Sirros, a rencontré Peter Mandelson, le commissaire européen au commerce, pour explorer l'idée de relancer les négociations commerciales avec le Canada. Le premier ministre Jean Charest a également convaincu le président français Nicolas Sarkozy, alors que la

²⁷ Paquin, « Paradiplomatie », *supra* note 24.

²⁸ Pierre Marc Johnson, Patrick Muzzi et Véronique Bastien, « Le Québec et l'AECG » dans Christian Deblock, Joël Lebulanger et Stéphane Paquin, dir, *Un nouveau pont sur l'Atlantique : l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2015, 27 à la p 30.

²⁹ Tatham, « Rise of Regional Influence in the EU », *supra* note 4; Tatham, « Regional Voices », *supra* note 25; Michaël Tatham et Mads Thau, « The more the merrier : Accounting for Regional Paradiplomats in Brussels » (2014) 15:2 *European Union Politics* 255.

France avait la présidence du Conseil de l'Union européenne en 2008, d'appuyer l'idée de relancer les négociations de libre-échange entre le Canada et l'Europe. M. Sarkozy allait ainsi devenir le plus grand défenseur de l'accord en Europe. Plus tard, selon Paul Magnette, François Hollande était enthousiaste à l'égard de l'*AECG*, car il était né d'une initiative de la France et du Québec³⁰. Au cours des négociations, le négociateur en chef du gouvernement du Québec pour l'accord, Pierre Marc Johnson, a eu de nombreuses rencontres bilatérales en tête-à-tête avec le négociateur en chef de l'Union européenne, Mauro Petriccione, parfois même sans que le représentant du gouvernement du Canada soit présent³¹. L'influence des provinces canadiennes dans les négociations commerciales s'exerce donc à travers des mécanismes intra-étatiques et extra-étatiques.

En ce qui concerne le processus de négociation, des auteurs comme Fafard et Leblond considèrent que le manque d'accès des provinces aux dernières étapes des négociations de l'*AECG* a retardé le processus de conclusion de l'accord³². Selon eux, le rôle limité des provinces et le fait qu'elles ne devaient pas « ratifier » le traité final ont rendu les décisions finales plus difficiles pour le gouvernement canadien. La leçon à tirer de la renégociation de l'*ALÉNA*, comme nous le verrons plus loin, est que les provinces peuvent réagir très négativement lorsqu'elles ne sont pas impliquées dans les négociations finales. Parallèlement à l'expérience canadienne, l'opposition wallonne pendant les négociations de l'*AECG* confirme que les gouvernements infra-étatiques sont des acteurs importants dans la légitimation des traités commerciaux : une forte opposition de leur part exerce un effet négatif sur la légitimité d'un accord et du processus de négociation et risque de provoquer une réaction en chaîne³³. Le fait de ne pas inclure les gouvernements infranationaux dans les négociations commerciales peut donc entraîner un coût politique élevé et ultimement nuire aux négociations commerciales.

Comme le Canada ne dispose pas d'un accord-cadre global pour les consultations fédérales-provinciales liées aux négociations internationales, il y a très peu de cohérence dans les approches.³⁴ Pour chaque accord commercial, les provinces doivent « négocier leur rôle dans les négociations », c'est ce qui explique tout l'intérêt de la comparaison entre plusieurs négociations³⁵.

³⁰ Magnette, *supra* note 18.

³¹ Johnson, Muzzi et Bastien, *supra* note 28 à la p 30; Alex Panetta, « The inside story of Canada's trade deal with the European Union. Jean Charest reveals how courtship began with a bluff », *Maclean's* (18 octobre 2013), en ligne : <www.macleans.ca/news/canada/the-inside-story-of-canadas-trade-deal-with-the-european-union/>; Paquin, « Fédéralisme », *supra* note 2 à la p 362.

³² Fafard et Leblond, *supra* note 21.

³³ Magnette, *supra* note 18; Bollen, De Ville et Gheyle, *supra* note 2.

³⁴ Un tel accord a été proposé de nombreuses fois aux autres provinces par Jean Charest alors à la tête du Conseil des Fédérations, mais n'a pas suscité d'intérêt.

³⁵ Jörg Broschek et Patricia Goff, « Federalism and International Trade Policy : The Canadian Provinces in Comparative Perspective » (2018) octobre:23 IRPP Insight 1; VanDuzer, *supra* note 21; Armand de Mestral, « The Provinces and International Relations in Canada » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir, *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 309 aux pp 319-322.

II. La renégociation de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) comparée au PTPGP et à l'AECC

Au Canada, la récente renégociation de l'ALÉNA (désormais connu sous le nom de USMCA aux États-Unis, d'ACÉUM au Canada et de T-MEC au Mexique) a touché des domaines qui concernent directement des compétences provinciales (le travail) ou des compétences partagées (l'environnement), ou qui pourraient avoir des répercussions sur les politiques publiques dans les provinces (la gestion de l'offre en agriculture). Le gouvernement du Canada, avec son programme commercial progressiste, voulait renforcer les dispositions existantes en matière de travail et d'environnement, et introduire de nouvelles dispositions sur le genre et les peuples autochtones³⁶. Sur la liste des intérêts défensifs, le Canada voulait également préserver les mécanismes d'arbitrage (chapitres 11 et 19 de l'ALÉNA) et protéger la diversité culturelle. Ces éléments constituent des intérêts économiques et sociaux importants pour les provinces. De plus, durant la négociation, de nombreuses demandes américaines ont ciblé des domaines de compétence ou de politique provinciale ou fédérale partagée, comme les marchés publics, les boissons alcoolisées, les services et les investissements, le commerce électronique, l'automobile, les produits chimiques, l'acier, l'aluminium et l'agriculture.

En outre, le gouvernement Trudeau a spécifiquement demandé aux premiers ministres provinciaux d'intervenir auprès des gouverneurs d'État et des groupes d'intérêts aux États-Unis afin de créer un consensus pour soutenir le maintien du libre-échange en Amérique du Nord. La première ministre de l'Ontario, Kathleen Wynne, a ainsi rencontré trente-sept gouverneurs d'État pour promouvoir le commerce dans les mois qui ont suivi l'élection du président américain Trump³⁷. Des efforts similaires ont été déployés par les responsables québécois. Pour s'assurer que le Canada « parlerait d'une seule voix » pendant les négociations, le gouvernement fédéral a coordonné l'approche canadienne en étroite collaboration avec les provinces et les territoires, notamment en partageant les « points de discussion » avec ses homologues provinciaux et territoriaux³⁸.

Afin de clarifier leur position et d'accroître leur influence, le Québec et l'Ontario ont retenu les services de conseillers expérimentés et ont nommé des négociateurs en chef chargés de se coordonner avec le gouvernement fédéral dans la renégociation de l'ALÉNA. L'Ontario a nommé un haut fonctionnaire à titre de négociateur en chef ainsi que John Gero, spécialiste du commerce et ancien ambassadeur du Canada à l'Organisation mondiale du commerce, à titre de conseiller spécial. Au Québec, le gouvernement a suivi la tendance établie par le premier ministre Jean Charest et a nommé un négociateur en chef extérieur à l'administration publique. Le choix de nommer des

³⁶ Meredith Lilly, « International Trade: The Rhetoric and Reality of the Trudeau Government's Progressive Trade Agenda » dans Norman Hillmer et Philippe Lagassé, dir, *Justin Trudeau and Canadian Foreign Policy*, Palgrave Macmillan, 2018, 125.

³⁷ Robert Benzie, « NAFTA talks a priority for Premier-designate Doug Ford », *Toronto Star* (12 juin 2018), en ligne : <www.thestar.com/news/queenspark/2018/06/12/nafta-talks-a-priority-for-ford.html> [« NAFTA »].

³⁸ Joanna Smith, « Ottawa wanted all of Canada speaking with one voice on NAFTA : emails », *CBC News* (4 mai 2018), en ligne : <www.cbc.ca/news/politics/nafta-emails-verheul-1.4648786>.

personnalités publiques « politiquement connectées » se justifie par le fait que des pressions politiques doivent souvent être exercées sur les ministres fédéraux, voire sur le premier ministre, et que les négociateurs ont besoin de réponses rapides du bureau du premier ministre du Québec pendant les négociations. Pierre Marc Johnson, ancien premier ministre du Québec sous le Parti québécois, avait été choisi comme négociateur pour l'*AECG*; pour le conflit du bois d'œuvre, c'est l'ancien ambassadeur du Canada à Washington, Raymond Chrétien, qui avait été choisi. Dans le cas de la renégociation de l'*ALÉNA*, Raymond Bachand, conseiller stratégique au cabinet de conseil Norton Rose Fulbright et ancien ministre des Finances de Jean Charest, a été nommé négociateur en chef en juillet 2017. La nomination de négociateurs en chef n'est pas une stratégie nouvelle. Lors des négociations de libre-échange avec les États-Unis à la fin des années quatre-vingt, le gouvernement ontarien avait embauché Robert Latimer, ancien fonctionnaire fédéral du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, tandis que le gouvernement québécois avait recruté Jake Warren, négociateur canadien lors du Cycle de Tokyo³⁹. Il est intéressant de noter que, selon un représentant du gouvernement du Québec, aucune province n'avait désigné de négociateur en chef externe pour les négociations du *PTPGP*.

A. La coopération entre les niveaux fédéral et provincial

Au cours de la renégociation de l'*ALÉNA*, le niveau de coopération entre les négociateurs fédéraux et provinciaux s'est situé quelque part entre les niveaux constatés lors des négociations de l'*AECG* et du *PTPGP*⁴⁰. Pendant les négociations de l'*AECG*, les provinces ont joué un rôle important à pratiquement toutes les étapes des négociations. Fait important, elles ont contribué à la formulation du mandat de négociation fédéral. Au cours de la préparation, les provinces ont été consultées à propos de leurs principaux intérêts et sujets de préoccupation. En outre, elles ont accédé aux textes de négociation et ont été largement consultées tout au long du processus.

Pendant les négociations de l'*AECG*, le gouvernement du Canada a également conclu *PTPGP*. Le Canada n'a fait partie de ces négociations qu'à partir de 2012, soit près de quatre ans après le début des discussions. Ce contexte particulier a influencé le cadrage, mais surtout la rédaction du mandat de négociation. En effet, le Canada s'est joint aux négociations dans une perspective défensive afin de veiller à ce qu'un accord ne soit pas conclu sans lui. Cette situation contraste avec le rôle offensif que le Canada a assumé dans l'*AECG*. Contrairement à l'*AECG*, la question de la participation des provinces aux négociations n'a jamais été soulevée par les pays participant déjà au *PTPGP*.

Selon les représentants du gouvernement du Québec et de l'Ontario, le modèle de participation active des provinces à l'*AECG* n'a pas été reproduit dans les négociations du *PTPGP*. Par exemple, les provinces n'ont pas été consultées sur les

³⁹ Michael Hart, Bill Dymond et Colin Robertson, *Decision at Midnight : Inside the Canada-US Free-Trade Negotiations*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1994 à la p 138.

⁴⁰ Voir Paquin, « Fédéralisme », *supra* note 2; Stéphane Paquin, « Federalism and the governance of international trade negotiations in Canada: Comparing CUSFTA with CETA » (2013) 68:4 *Intl J* 545; Kukucha, « Provincial/Territorial », *supra* note 21.

questions stratégiques avant la participation du Canada aux négociations. Elles n'ont pas non plus eu accès aux tables de négociation, et les mécanismes de consultation et d'information fédéraux-provinciaux se sont limités à des réunions sur le commerce électronique et à des mises à jour pendant et après les cycles de négociations de l'accord.

Le niveau d'intervention des provinces à ces réunions n'a pas été jugé très élevé par les représentants du Québec. De plus, lors des cycles de négociations, les textes de négociation étaient souvent présentés aux provinces à la dernière minute; des commentaires étaient invités, mais aucune réaction réelle n'était permise et le temps d'analyse était souvent insuffisant. La même approche a été utilisée pour les breffages après les cycles de négociations sur place et pendant les réunions du forum C-Commerce. Cependant, un représentant du gouvernement du Québec a fait remarquer que la participation provinciale était importante dans les négociations du *PTPGP* en raison du travail qui avait déjà été réalisé dans le cadre de l'*AECCG*. En d'autres termes, une partie du travail effectué par les provinces au cours des négociations de l'*AECCG* a également été entreprise, bien qu'avec une participation moins directe, dans le cadre du *PTPGP*. Selon un représentant du gouvernement fédéral, les réunions du forum C-Commerce étaient beaucoup mieux organisées que par le passé. Le gouvernement fédéral semble donc considérer que la participation des provinces a été optimisée, et pas nécessairement réduite.

Comme dans le cadre du *PTPGP*, les provinces n'ont pas été invitées aux tables de négociation lors de la renégociation de l'*ALÉNA*. Pour celle-ci, les provinces ont reçu des mises à jour régulières et ont fait part de leurs points de vue au gouvernement fédéral; elles n'ont pas eu accès aux négociations tripartites Canada-États-Unis-Mexique. Toutefois, elles ont été consultées étroitement dans les domaines présentant un intérêt économique important (par exemple, l'Ontario pour les règles d'origine dans le secteur de l'automobile) ou relevant de compétences partagées ou spécifiques (les boissons alcoolisées, les entreprises d'État, la main-d'œuvre et l'environnement, par exemple). Des consultations fréquentes entre les équipes fédérales et provinciales ont eu lieu lors du forum C-Commerce. Les provinces ont également été invitées à participer à des réunions stratégiques avant les cycles de négociations, ainsi qu'à des séances de compte rendu mensuelles. Les provinces ayant des intérêts particuliers avaient un bon accès aux négociateurs du sujet. Lors du cycle de renégociation de l'*ALÉNA* qui s'est tenu à Montréal, par exemple, une douzaine de réunions de ce type a eu lieu, selon un représentant de l'Ontario.

Des représentants de l'Ontario, du Québec et de toutes les autres provinces étaient présents à chaque cycle de la renégociation de l'*ALÉNA*. Il s'agissait d'excellentes occasions pour rencontrer 1) les négociateurs fédéraux au sujet des intérêts provinciaux, 2) les intervenants de divers secteurs (l'agriculture, l'automobile, les produits pharmaceutiques, etc.), et 3) les représentants des autres provinces afin de travailler avec eux sur des questions précises. Même si aucun cycle de négociations officiel n'a eu lieu après mars 2018, le Québec et l'Ontario sont restés en contact régulier avec le gouvernement fédéral, tant sur le plan officiel que politique. Tout au long de la renégociation, les deux provinces ont également eu un représentant à Washington.

Les provinces ont eu l'occasion de participer aux discussions relatives aux questions relevant de leurs domaines de compétence. Les textes de négociation ont circulé et toutes les parties ont respecté les protocoles de confidentialité. Pendant les cycles de négociations, les provinces ont participé à un *briefing* nocturne sur les progrès de la journée. Compte tenu du grand volume d'information requis pour la renégociation de l'*ALÉNA*, les réunions du forum C-Commerce ont cédé la place à des rencontres distinctes spécifiquement consacrées à ces négociations. Les provinces ont non seulement été consultées, mais elles ont également eu l'occasion de fournir des commentaires, qui ont été pris en compte. Contrairement aux négociations du *PTPGP*, où les provinces n'ont pas été consultées de manière approfondie en raison du rythme rapide du processus — ou n'ont été consultées que tardivement —, l'engagement fédéral-provincial-territorial au cours de la renégociation de l'*ALÉNA* a été considéré comme plus étendu et plus inclusif.

Pendant la renégociation de l'*ALÉNA*, les provinces se sont également réunies entre elles pour discuter de questions précises et se préparer aux rondes. Ces réunions ont eu lieu de manière informelle, le plus souvent à l'initiative de la province qui préside le Conseil de la fédération, ou parallèlement aux cycles de négociations. Des réunions sur la renégociation de l'*ALÉNA* ont eu lieu lors de la dernière réunion du Conseil de la fédération en Alberta, ainsi qu'en marge du cycle de renégociation de l'*ALÉNA* qui s'est tenu à Montréal en janvier 2018. La plupart des provinces et territoires étaient bien représentés avec des équipes solides.

Le niveau de confiance entre les équipes fédérales et provinciales semble avoir été élevé pendant la renégociation de l'*ALÉNA*, du moins au début. Cependant, les représentants de l'Ontario et du Québec ont des points de vue quelque peu différents quant au processus global. L'Ontario, sous le gouvernement libéral de Kathleen Wynne et, du moins au début, sous le gouvernement conservateur de Doug Ford, était généralement favorable à une approche « Équipe Canada » dans la renégociation de l'*ALÉNA*. Les acteurs ontariens décrivent la coopération entre les paliers fédéral et provincial comme étant plus proches de la dynamique de l'*AECG* que de celle du *PTPGP* : les provinces ont été consultées tôt et souvent sur les questions clés qui concernent leurs intérêts économiques et sociaux. Les représentants du gouvernement du Québec considèrent que le processus de l'*ALÉNA* se rapproche davantage de leur expérience vécue dans le cadre du *PTPGP*. La collaboration fédérale-provinciale a été excellente sur des questions telles que les marchés publics et les règles d'origine. Cependant, la qualité globale de la relation dépendait davantage, selon un fonctionnaire québécois, de la personnalité du fonctionnaire fédéral et n'était pas liée aux relations intergouvernementales. Vers la fin de la renégociation de l'*ALÉNA*, les occasions pour les fonctionnaires fédéraux, provinciaux et territoriaux de travailler ensemble se sont faites plus rares. Après la septième ronde, en avril 2018, les négociations ont surtout eu lieu entre les ministres et les négociateurs en chef des trois pays de l'*ALÉNA*. En août et septembre 2018, toutes les réunions ont eu lieu à Washington, principalement au niveau politique. Avec l'échéance imminente du 30 septembre pour déposer le texte au Congrès et être sûr qu'il serait approuvé à temps pour être signé par le président mexicain sortant, le rythme des négociations entre le Canada et les États-Unis s'est intensifié, laissant peu de temps aux provinces pour fournir des commentaires et recevoir des mises à jour.

Des changements dans les niveaux de participation ont également été observés dans les négociations de l'*AECG*, bien qu'ils soient mentionnés moins fréquemment. Malgré l'inclusion régulière des provinces aux tables de négociation, à la fin des discussions de l'*AECG*, seuls les négociateurs fédéraux sont restés à la table. Au cours de la dernière phase de la renégociation de l'*ALÉNA*, le niveau fédéral est resté responsable des décisions finales, et toutes les décisions finales sur les questions sensibles ont été prises au niveau ministériel fédéral ou à un échelon supérieur, sans contribution directe des provinces. Comme les discussions des dernières semaines se déroulaient principalement entre les ministres de l'*ALÉNA*, les mises à jour et les consultations avec les provinces et les territoires sont devenues moins fréquentes. Selon un haut fonctionnaire du Québec, les dernières semaines des négociations ont été pour le moins « problématiques », pour utiliser un euphémisme. Les décisions finales ont été prises en pleine période électorale au Québec, où la question de la gestion de l'offre en agriculture était centrale. À la fin des négociations, les représentants du Québec étaient plus critiques à l'égard de l'approche fédérale. « La stratégie n'a pas fonctionné. À un moment donné, nous devrions nous demander pourquoi », a déclaré un représentant québécois de haut niveau. Certains représentants du gouvernement ont estimé que le Québec payait un prix élevé dans les nouveaux accords commerciaux : les concessions majeures sur la gestion de l'offre affectent profondément le Québec, de même que les tarifs sur l'aluminium.

L'Ontario a moins axé ses préoccupations sur le processus, mais davantage sur les résultats des négociations, notamment en ce qui concerne la gestion de l'offre et les tarifs sur l'acier et l'aluminium. Le manque d'inquiétude quant au processus peut être en partie attribué au niveau élevé de participation provinciale encouragé par le négociateur en chef du Canada pour la renégociation de l'*ALÉNA*, Steve Verheul, qui était également négociateur en chef dans le cadre de l'*AECG*. Verheul était donc familier avec la relation fédérale-provinciale établie pendant l'*AECG*. En outre, les différences entre les relations fédérales-provinciales durant l'*AECG* et l'*ALÉNA*, d'une part, et le *PTPGP*, d'autre part, pourraient s'expliquer par le fait que l'Union européenne a insisté pour que des enjeux de compétences provinciales soient au cœur de la négociation de l'*AECG*, leur intérêt offensif le plus important étant les marchés publics entrepris par les gouvernements provinciaux et municipaux au Canada.

B. Les défis associés aux étapes finales des négociations

Comme mentionné précédemment, Fafard et Leblond considèrent que le manque d'accès des provinces aux dernières étapes des négociations de l'*AECG* a retardé le processus de conclusion de l'accord et a rendu les décisions finales plus difficiles pour le gouvernement canadien⁴¹. Nous nous intéressons ici à l'impact des approches utilisées lors de la conclusion de la renégociation de l'*ALÉNA*.

L'Ontario et le Québec ont vivement réagi à la conclusion du nouvel accord de l'*ALÉNA*, protestant publiquement contre le contenu final de l'accord. Les principaux

⁴¹ Fafard et Leblond, *supra* note 21.

éléments dénoncés sont les concessions en matière de gestion de l'offre, notamment l'ouverture de 3,6 % du marché canadien des produits laitiers aux États-Unis et l'annulation des produits laitiers de classe 7, ainsi que le maintien de tarifs sur l'acier et l'aluminium qui vont à l'encontre des promesses américaines de les supprimer.

Des élections ont eu lieu en Ontario et au Québec pendant la renégociation de l'ALÉNA. Les deux provinces ont élu de nouveaux gouvernements : le Parti progressiste-conservateur de Doug Ford et la Coalition Avenir Québec de François Legault. Alors qu'en Ontario, un consensus s'est dégagé pour maintenir l'approche « Équipe Canada » dans les négociations pendant la campagne électorale, au Québec, la renégociation de l'ALÉNA, et en particulier les concessions sur les produits laitiers, est devenue un enjeu électoral brûlant. Pendant la campagne, les chefs de tous les partis politiques du Québec ont exprimé leur opposition à toute concession sur la gestion de l'offre. Ainsi, tous les chefs ont participé à une conférence de presse organisée avec l'Union des producteurs agricoles afin de dénoncer ces mesures. Philippe Couillard du Parti libéral du Québec, Jean-François Lisée du Parti québécois et Manon Massé de Québec solidaire étaient présents. Seul François Legault de la Coalition Avenir Québec, en campagne ailleurs à ce moment-là, n'a pas participé, mais a exprimé son soutien à la gestion de l'offre et son opposition à toute concession laitière⁴².

Pendant la campagne électorale, Philippe Couillard, aujourd'hui ancien premier ministre du Québec, a déclaré à maintes reprises aux journalistes qu'il y aurait de graves conséquences politiques si Ottawa faisait des concessions sur les produits laitiers et la gestion de l'offre. Lorsqu'un journaliste lui a demandé « Jusqu'où êtes-vous prêt à aller ? », le premier ministre a répondu « *Just watch me* », phrase célèbre et chargée politiquement utilisée par Pierre Elliott Trudeau lors de la crise d'octobre 1970 au Québec. Philippe Couillard est même allé jusqu'à dire qu'il imposerait le « veto » du Québec à l'ALÉNA et qu'aucun compromis n'était possible⁴³. Bien que le Québec n'ait pas, dans les faits, de droit de veto sur les négociations commerciales, la capacité de la province à refuser de mettre en œuvre l'accord dans son champ de compétence est réelle. À un moment donné, le débat sur la question s'est tellement enflammé que le *Financial Post* a rapporté que le Canada envisageait d'attendre après les élections québécoises du 1er octobre 2018 pour conclure l'accord avec les États-Unis⁴⁴. Le nouvel accord a finalement été annoncé le 30 septembre, la veille de l'élection. Après l'élection, François Legault, nouveau premier ministre du Québec, a déclaré qu'ils allaient examiner toutes les options avec des spécialistes pour voir ce qui pouvait être fait pour s'opposer à l'accord. Le Parlement du Québec pourrait refuser « d'approuver l'entente » et d'apporter aux lois et règlements québécois les modifications nécessaires à sa mise en œuvre⁴⁵.

⁴² François Messier, « Les chefs font front commun sur la gestion de l'offre, puis s'attaquent mutuellement », *Radio-Canada* (31 août 2018), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1121063/ALÉNA-upa-gestion-offre-jean-francois-lisee-pq-philippe-couillard-plq-manon-masse-qs>.

⁴³ Paquin, « Fédéralisme », *supra* note 2.

⁴⁴ Tom Blackwell, « Canada may hold off until after Quebec election as U.S.-Mexico drafting two-way trade deal », *Financial Post* (18 septembre 2018), en ligne : <financialpost.com/news/u-s-mexico-drafting-final-text-of-two-way-trade-deal-but-canada-may-wait-until-after-quebec-election-on-oct-1>.

⁴⁵ Philippe-Vincent Foisy, « Le Québec peut-il bloquer le nouvel ALÉNA ? », *Radio-Canada* (6 octobre 2018), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1128175/ALÉNA-quebec-bloquer-nouvel-accord-aumc-libre-echange-canada-etats-unis>.

En Ontario, Doug Ford, dont le parti a défait les libéraux de la première ministre Kathleen Wynne en juin 2018, a également exprimé son mécontentement. Le point de vue de Ford était similaire à celui du premier ministre québécois, mais au lieu de menacer de bloquer l'accord, il a demandé une compensation pour les agriculteurs⁴⁶. Bien que la ministre Chrystia Freeland ait promis une compensation au secteur agricole, aucun chiffre précis n'a été fourni, et les négociations sont toujours en cours. Pendant la renégociation de l'*ALÉNA*, les provinces attendaient toujours la compensation promise par le gouvernement canadien après les négociations du *PTPGP*. Cette compensation pour le *PTPGP* a été incluse dans le budget fédéral de mars 2019, qui proposait jusqu'à 3,9 milliards de dollars pour soutenir les agriculteurs lésés par les concessions de la gestion de l'offre⁴⁷.

Les relations entre le premier ministre ontarien Doug Ford et le premier ministre canadien Justin Trudeau ont été difficiles. Des tensions sont d'abord apparues au sujet de la taxe sur le carbone et de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁸. En ce qui concerne les négociations commerciales avec les États-Unis, l'attitude du premier ministre de l'Ontario a changé au fil du temps. En juin 2018, Ford a déclaré publiquement être solidaire du premier ministre et favoriser une approche « Équipe Canada »⁴⁹. En octobre 2018, il a annoncé qu'Ottawa avait laissé de côté de nombreux secteurs clés dans le nouvel accord, déclarant ceci à 600 partisans lors d'un rassemblement politique à Etobicoke : « Le nouvel accord laisse trop de familles et d'entreprises ontariennes sur le carreau. Les libéraux de Trudeau ont laissé de côté les agriculteurs ontariens, ils ont laissé de côté les métallurgistes et les travailleurs de l'aluminium de l'Ontario » [notre traduction]⁵⁰.

En réponse à ce commentaire, le ministre des Affaires intergouvernementales à Ottawa, Dominic LeBlanc, a affirmé que le premier ministre Ford avait pleinement soutenu la position du Canada en public et en privé. Il a également déclaré :

Quelques jours seulement avant la conclusion de l'accord, le premier ministre a été informé en détail à Washington D.C., notamment des modestes changements apportés au secteur de la gestion de l'offre [notre traduction]⁵¹.

Simon Jefferies, l'attaché de presse de Doug Ford, a répondu que :

Plus nous étudions cet accord, plus nous sommes préoccupés par le fait que le gouvernement fédéral a jeté sous le bus les agriculteurs ontariens qui travaillent dur, ainsi que les travailleurs de l'acier et de l'aluminium [notre traduction]⁵².

⁴⁶ Kate McGillivray, « Ford gets his wish for the federal compensation of farmers affected by USMCA », *CBC News* (1er octobre 2018), en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/toronto/usmca-ford-1.4845481>.

⁴⁷ Gouvernement du Canada, « Investing in the Middle Class. Budget 2019 » (19 mars 2019) à la p 190, en ligne (pdf) : *Ministère des Finances* <www.budget.gc.ca/2019/docs/plan/budget-2019-en.pdf>.

⁴⁸ Susan Delacourt, « Ottawa worried Ford's Washington visit could impact NAFTA talks », *Toronto Star* (18 septembre 2018), en ligne : <www.thestar.com/opinion/star-columnists/2018/09/18/ottawa-worried-fords-washington-visit-could-impact-nafta-talks.html>.

⁴⁹ Benzie, « NAFTA », *supra* note 37.

⁵⁰ Robert Benzie, « Ottawa fires back at Ford over USMCA grousing », *Toronto Star* (14 octobre 2018), en ligne : <www.thestar.com/news/queenspark/2018/10/11/ottawa-fires-back-at-ford-over-usmca-grousing.html>.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

Le gouvernement de l'Ontario est également très préoccupé par la capacité du Canada à négocier de futurs accords de libre-échange⁵³.

Les mécanismes de mise en œuvre des accords commerciaux internationaux sont différents dans chaque province du Canada. La plupart des modifications législatives découlant des nouvelles dispositions de l'*ACÉUM* ont dues être apportées au niveau fédéral, comme le démantèlement des produits de la classe 7 sous la gestion de l'offre, ou l'augmentation de la durée des lois sur les brevets pour se conformer aux nouvelles obligations. La situation dans le cadre de l'*AECCG* était différente, car l'accord comprenait des domaines relevant de la compétence exclusive des provinces, comme les marchés publics et les règlements sur les services et les investissements. Dans ce cas, le gouvernement fédéral a demandé aux provinces de confirmer leur soutien à l'*AECCG* et de décrire les mesures qu'elles prendraient pour mettre l'accord en œuvre. Bien qu'il n'y ait aucune obligation légale de procéder ainsi, cette manière de faire a été privilégiée spécifiquement pour éviter des problèmes futurs avec les provinces. Aucun engagement de ce type n'a été demandé aux provinces pour le nouvel *ALÉNA*.

Depuis le milieu des années deux mille, le gouvernement du Canada a négocié plusieurs accords de nouvelle génération, dont l'*AECCG*, le *PTPGP* et le nouvel *ALÉNA* (l'*ACÉUM*), qui affectent considérablement les intérêts ou les compétences des provinces canadiennes. Ces accords ont un impact profond sur la répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces et confirment la nature multiniveau des négociations commerciales. En effet, afin d'éviter de devenir de simples exécutants des accords commerciaux négociés par le gouvernement fédéral, les provinces canadiennes, notamment le Québec et l'Ontario, ont participé activement aux négociations commerciales.

Les négociations commerciales sont monnaie courante dans le contexte mondial actuel, et les questions relatives au rôle des gouvernements des États fédérés dans ces négociations sont susceptibles de refaire surface. Il est également dans l'intérêt du gouvernement fédéral du Canada que les provinces adhèrent aux engagements, en particulier lorsque ces accords concernent des domaines de compétence provinciale. S'assurer que les intérêts provinciaux sont satisfaits peut ralentir les négociations, mais renforce l'accord global pour le Canada, les provinces et les partenaires commerciaux. Les provinces ont également une plus grande expertise dans certains domaines couverts par les accords commerciaux. Le niveau de participation sans précédent des provinces explique comment l'Union européenne a pu négocier des engagements d'approvisionnement aussi profonds dans les compétences des provinces canadiennes.

⁵³ *Ibid.*

Les négociations de l'*AECG* ont en effet créé un précédent historique pour la participation des provinces aux accords commerciaux. Cependant, nous constatons également que les provinces ont joué des rôles importants dans les négociations de l'*ACÉUM* et du *PTPGP*. Bien que l'Ontario et le Québec aient exprimé certaines préoccupations quant à l'attitude du gouvernement du Canada à l'égard du partage de l'information et de l'ouverture à la contribution des provinces aux négociations du *PTPGP*, ils ont tout de même bien plus participé aux négociations que les États américains et mexicains. Le Québec et l'Ontario peuvent avoir des points de vue différents sur les relations entre les provinces et le gouvernement fédéral pendant la renégociation de l'*ALÉNA*, mais il n'en reste pas moins que leur rôle était plus grand que pendant les négociations du *PTPGP*, ou lors des négociations commerciales avec l'Inde ou la Corée du Sud⁵⁴. Ainsi, les négociations de l'*AECG* ont permis des améliorations durables aux processus intergouvernementaux de négociation commerciale.

L'approche moins transparente et moins coopérative du gouvernement fédéral lors des négociations du *PTPGP* a pris le Québec et l'Ontario au dépourvu, car les deux provinces s'attendaient à reproduire le modèle développé lors de l'*AECG*. Cette approche a suscité une source de discorde entre les provinces et le gouvernement fédéral. Par ailleurs, les provinces canadiennes étaient également en partie responsables de la façon dont les négociations du *PTPGP* ont été gérées, notamment parce qu'elles étaient moins intéressées qu'elles ne l'avaient été pendant l'*AECG*.

L'opinion des acteurs québécois sur la renégociation de l'*ALÉNA* semble également refléter l'opinion publique dans la province. Selon un sondage de l'Angus Reid Institute réalisé auprès des Canadiens deux semaines après l'annonce de l'accord, les répondants québécois présentaient l'évaluation du nouvel *ALÉNA*, soit de l'*ACÉUM*, la moins favorable. En effet, 58 % des répondants québécois se disaient « déçus/très déçus » du nouvel accord, contre 40 % des répondants ontariens⁵⁵. L'approbation de l'accord était plus élevée en Ontario (39 % des répondants l'approuvent) que partout ailleurs au Canada. Seulement 27 % des sondés du Québec ont dit l'approuver⁵⁶.

De nombreuses opinions exprimées par les représentants du gouvernement québécois peuvent également s'expliquer par l'impact spécifique de la renégociation de l'*ALÉNA* sur le Québec. Pendant les négociations, Bombardier, qui était fortement financé par les gouvernements du Québec et du Canada, a vendu la C Series à Airbus après l'annonce de droits punitifs par l'administration Trump. Les tarifs sur l'acier et l'aluminium, ainsi que les concessions sur les produits laitiers, touchent particulièrement le Québec. Le fait que le gouvernement canadien ait accepté des concessions sur la gestion de l'offre qui allaient manifestement à l'encontre de la volonté exprimée en campagne électorale par tous les chefs de partis représentés à l'Assemblée nationale du Québec est aussi un élément à prendre en considération.

⁵⁴ Kukucha, « Provincial/Territorial », *supra* note 21.

⁵⁵ Angus Reid Institute, « USMCA : Canadiens ambivalent about 'New Nafta', feeling bruised by the U.S » (23 octobre 2018), en ligne : [Angus Reid Institute <angusreid.org/usmca-new-nafta/>](http://angusreid.org/usmca-new-nafta/).

⁵⁶ *Ibid.*

En fin de compte, il ne semble pas y avoir de relation entre le niveau de consultation fédérale avec les provinces et le résultat des négociations. Une plus grande consultation n'aurait pas changé le résultat. Lors de la prise de décisions finales, le gouvernement fédéral s'est retrouvé devant un ensemble limité d'options. Et malgré tout le drame, l'Ontario et le Québec ont préféré l'entente qui en a résulté à l'absence totale d'entente. C'est pourquoi les deux provinces ont insisté sur des compensations plutôt que sur une renégociation ou une contestation juridique.

LE RÔLE DU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC DANS LES NÉGOCIATIONS D'ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE : LE CAS DE L'ACÉUM

Frédéric Legendre et Laurie Durel***

Depuis plus de trente ans, le gouvernement du Québec est étroitement impliqué dans la négociation d'accords commerciaux. Or, le travail effectué lors des négociations commerciales paraît parfois nébuleux, d'autant plus lorsqu'il est question du rôle des gouvernements infranationaux. L'objectif de cet article est de présenter le rôle et l'action du gouvernement du Québec lors de la négociation de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM)*, notamment en abordant certains enjeux qui ont touché le Québec lors de cette négociation commerciale. En se concentrant sur le rôle de la fonction publique, cet article présente d'abord la manière dont le gouvernement du Québec était organisé lors de cette négociation ainsi que les différentes étapes de sa préparation. En se basant sur plusieurs exemples d'enjeux présents lors de la négociation, la deuxième partie de l'article identifie les principales actions qui ont été posées et la manière dont le Québec a pris part à cette négociation. Finalement, la troisième section aborde les différentes étapes qui suivent la fin d'une négociation commerciale et qui permettent à l'accord de pleinement entrer en vigueur. À travers ces exemples, cet article démontre le rôle actif du Québec dans la négociation d'accords commerciaux, qui va parfois au-delà des strictes compétences provinciales.

For more than thirty years, the Government of Quebec has been closely involved in the negotiation of trade agreements. However, the work done during trade negotiations sometimes seems nebulous, especially when it comes to the role of subnational governments. The purpose of this article is to present the role and action of the Government of Quebec during the negotiation of the *Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA)*, in particular by addressing certain issues that affected Quebec during this commercial negotiation. By focusing on the role of the public service, this article first presents the way in which the Government of Quebec was organized during these negotiations as well as the different stages of its preparation. Based on several examples of issues present during the negotiations, the second part of the article identifies the main actions that were taken and the way in which Quebec took part in these negotiations. Finally, the third section discusses the different steps that follow the end of a trade negotiation and that allow the agreement to fully enter into force. Through these examples, this article demonstrates the active role of Quebec in the negotiation of trade agreements, which sometimes goes beyond strictly provincial jurisdictions.

Durante más de treinta años, el Gobierno de Quebec ha estado muy involucrado en la negociación de acuerdos comerciales. Sin embargo, el trabajo realizado durante las negociaciones comerciales a veces parece nebuloso, especialmente cuando se trata del papel de los gobiernos subnacionales. El propósito de este artículo es presentar el papel y la acción del Gobierno de Quebec durante la negociación del *Acuerdo México- Estados Unidos-Canadá (T-MEC)*, en particular al abordar ciertos temas que afectaron a Quebec durante esta negociación comercial. Al centrarse en el papel del servicio público, este artículo presenta primero la forma en que se organizó el gobierno de Quebec durante estas

* Frédéric Legendre est directeur des accords commerciaux au ministère de l'Économie et de l'Innovation du Québec. À ce titre, il était responsable de l'équipe de fonctionnaires qui conseillait le négociateur en chef du Québec, monsieur Raymond Bachand, lors des négociations de l'ACÉUM.

** Laurie Durel est étudiante au doctorat en études internationales à l'École supérieure d'études internationales de l'Université Laval. Lors des négociations de l'ACÉUM, elle était conseillère en politique commerciale au sein de la direction des accords commerciaux. Les deux auteurs écrivent ici à titre personnel et les points de vue qu'ils expriment ne représentent pas nécessairement ceux du gouvernement du Québec. Les auteurs tiennent à remercier Nadia Lemzoudi, Richard Ouellet, Stéphane Paquin, Myriam Rochette et Émilie Saint-Pierre pour leurs commentaires avisés qui ont contribué à bonifier le texte.

negociaciones, así como las diferentes etapas de su preparación. Con base en varios ejemplos de temas presentes durante las negociaciones, la segunda parte del artículo identifica las principales acciones que se tomaron y la forma en que Quebec participó en estas negociaciones. Finalmente, la tercera sección discute los diferentes pasos que siguen al final de una negociación comercial y que permiten que el acuerdo entre en vigor plenamente. A través de estos ejemplos, este artículo demuestra el papel activo de Quebec en la negociación de acuerdos comerciales, que a veces va más allá de las jurisdicciones estrictamente provinciales.

Le 16 août 2017, la négociation de ce qui deviendrait l’*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)* s’amorçait à Washington. Sur place, l’équipe de négociation du gouvernement du Québec s’activait auprès des négociateurs canadiens, des représentants du milieu des affaires du Québec et des représentants des autres provinces. Le travail du gouvernement du Québec avait cependant débuté plusieurs mois plus tôt, sollicitant un vaste éventail d’intervenants au sein de l’appareil gouvernemental québécois.

Le travail effectué lors des négociations commerciales paraît parfois nébuleux, d’autant plus lorsqu’il est question du rôle des gouvernements infranationaux. En effet, alors que l’action du Québec à l’international est largement connue pour les aspects liés aux échanges et questions culturels et à la francophonie, par exemple, le rôle que joue le gouvernement du Québec dans le cadre des négociations commerciales internationales est encore peu compris. Toutefois, depuis plus de trente ans, le gouvernement du Québec est étroitement impliqué dans la négociation d’accords commerciaux. L’objectif de cet article est de présenter le rôle et l’action du Québec lors de la renégociation de l’*ALÉNA*, notamment en abordant certains enjeux qui ont touché le Québec lors de cette négociation commerciale. L’article porte essentiellement sur les interventions faites au niveau administratif et traite peu des actions au niveau politique. Il serait toutefois malavisé de sous-estimer, de ce seul fait, l’importance des interventions faites au niveau politique.

La première partie de l’article présentera l’organisation du gouvernement du Québec ainsi que les différentes étapes de préparation à la négociation. En se basant sur plusieurs exemples d’enjeux présents lors de la négociation, la deuxième partie identifiera les principales actions qui ont été posées et la manière dont le Québec a pris part à cette négociation. Finalement, la troisième section abordera les différentes étapes qui suivent la fin d’une négociation commerciale et qui permettent à l’accord de pleinement entrer en vigueur.

I. La préparation du gouvernement du Québec aux négociations

A. Contexte des négociations

Avec près de 75 % de ses exportations internationales de biens qui étaient destinées aux États-Unis ou au Mexique¹, il est aisé de comprendre l’importance que revêtait pour le Québec la renégociation de l’*ALÉNA*. Mais l’on ne peut saisir pleinement l’importance du moment, et du travail entourant cette négociation si l’on ne se replonge pas dans le contexte qui prévalait à l’époque.

¹ Québec, Ministère de l’Économie et de l’Innovation, *Oser exporter : Stratégie québécoise de l’exportation 2016-2020 — Cap sur les États-Unis*, en ligne (pdf) : <www.economie.gouv.qc.ca/fileadmin/contenu/documents_soutien/strategies/strategie_exportation/osser_exporter_cap_etats_unis.pdf>.

D'abord, dès sa campagne présidentielle, le président Trump avait promis de renégocier l'*ALÉNA* qu'il considérait comme étant le pire accord jamais conclu². En ce sens, la stratégie américaine était assez transparente à plusieurs égards : négocier un accord plus avantageux pour les Américains ou déchirer l'*ALÉNA*. Cette menace qui planait sur l'avenir de la relation commerciale des États nord-américains a grandement influencé le contexte de la renégociation, d'autant plus que plusieurs éléments ont démontré la détermination de l'administration américaine à mettre en œuvre son agenda commercial. En effet, le 23 janvier 2017, seulement quelques jours après son entrée en poste, le président Donald Trump a signé un décret³ afin de désengager les États-Unis du *Partenariat transpacifique (PTP)*. Rappelons que le Canada était lui aussi signataire du *PTP* et qu'il avait dû faire d'importantes concessions en accès à son marché des produits agricoles sous gestion de l'offre dans le cadre de ces négociations. De plus, en juin 2017, les États-Unis informaient la Corée du Sud de leur intention de renégocier leur accord de libre-échange bilatéral, ce qui amena par la suite quelques changements importants à l'accord, notamment des restrictions à l'exportation d'acier coréen et une facilitation des exportations de voitures américaines en Corée.

Il est également important de rappeler que plusieurs litiges commerciaux portant sur des produits exportés par le Québec étaient alors en cours avec les États-Unis. Le 25 novembre 2016, la *U.S. Lumber Coalition* avait déposé une plainte auprès du Département du commerce (DOC) et de la Commission du commerce international des États-Unis, alléguant une concurrence déloyale de l'industrie canadienne et réclamant l'imposition de droits compensateurs et *antidumping* sur les produits de bois d'œuvre résineux canadiens⁴. Le 20 avril 2017, le président américain Donald Trump avait signé un décret ordonnant au secrétaire au Commerce, Wilbur Ross, de mener une enquête en vue de déterminer si les importations d'acier constituaient une menace à la sécurité nationale américaine. Le 27 avril 2017, il avait lancé une enquête identique pour les importations d'aluminium⁵. Toujours le 27 avril 2017, la compagnie Boeing avait déposé une plainte auprès du DOC et de la Commission du commerce international des États-Unis afin de demander l'imposition de droits compensateurs et de droits *antidumping* à l'égard des avions C-Series de Bombardier vendus aux États-Unis. Le 9 août 2017, une semaine avant le lancement des négociations de l'*ACÉUM*, l'entreprise américaine *North Pacific Paper Company* a déposé une plainte auprès du DOC visant l'industrie papetière canadienne et demandant l'imposition de droits

² « Nafta : “ Single worst deal ever approved ” », *BBC News* (27 septembre 2016), en ligne : <www.bbc.com/news/av/world-us-canada-37479586>.

³ The White House, « Withdrawal of the United States From the Trans-Pacific Partnership Negotiations and Agreement: Memorandum for the United States Trade Representative », *Federal Register* (23 janvier 2017), en ligne : <www.federalregister.gov/documents/2017/01/25/2017-01845/withdrawal-of-the-united-states-from-the-trans-pacific-partnership-negotiations-and-agreement>.

⁴ U.S. Lumber Coalition, communiqué, « U.S. Lumber Industry Petitions for Relief From Canadian Subsidies, Dumping » (25 novembre 2016), en ligne : <uslumbercoalition.org/wp-content/uploads/2018/02/USLC-Press-Release-re-Filing-Lumber-V-11.25.2016.pdf>.

⁵ Cela mènera les États-Unis à imposer, l'année suivante, des droits de douane de 25 % sur les importations d'acier et de 10 % sur les importations d'aluminium canadien.

compensateurs et *antidumping* sur le papier non couché à base de pâte thermomécanique (papier UGW) importé du Canada⁶.

C’est donc dans un contexte où plusieurs secteurs majeurs d’exportation du Québec étaient menacés ou déjà visés par des tarifs additionnels que se mettait en branle la négociation de l’*ACÉUM*, sans compter la menace que l’*ALÉNA* soit déchiré si les négociations n’aboutissaient pas rapidement et à la satisfaction de l’administration américaine. Il résultait évidemment de tout cela un vaste climat d’incertitude et d’inquiétude au sein des entreprises exportatrices québécoises.

Il était donc primordial que l’équipe de négociation du Québec soit bien préparée pour entreprendre cette négociation.

B. Organisation au sein du gouvernement du Québec

Au sein du gouvernement du Québec, c’est le ministre de l’Économie⁷ qui est responsable de la politique commerciale du Québec et de défendre les intérêts du Québec lors de la négociation d’un accord international portant sur le commerce⁸. Pour bien mener ce mandat, la ministre de l’Économie de l’époque, Dominique Anglade, a effectué plusieurs changements afin de préparer l’appareil gouvernemental à ces négociations.

Tout d’abord, dès février 2017, avant même le début officiel des négociations, l’ancien ministre des Finances et du Développement économique, Raymond Bachand, a été nommé conseiller spécial du gouvernement du Québec pour la renégociation de l’*ALÉNA*. Son mandat était de consulter les entreprises québécoises sur leur vision de l’*ALÉNA*. Ainsi, monsieur Bachand a mené des rencontres avec une centaine d’entreprises individuelles, de regroupements d’affaires, de grappes industrielles, de syndicats ou de représentants des milieux culturels ou agricoles. Le 12 juillet 2017, soit environ un mois avant la première ronde de négociations, le gouvernement du Québec a annoncé que monsieur Bachand continuerait son travail dans la renégociation, désormais à titre de négociateur en chef pour le Québec. La nomination de monsieur Bachand comme négociateur en chef pour le Québec permettait notamment de faire profiter de sa grande connaissance de l’État québécois et des milieux syndicaux, des affaires et culturels et d’avoir en place comme chef d’orchestre quelqu’un qui peut naviguer entre les appareils administratif et politique du gouvernement fédéral, ce qu’un fonctionnaire ou un ministre ne peut faire. Le ministère de l’Économie devait donc assurer le soutien auprès du négociateur en chef, notamment en réalisant les analyses pertinentes, et en coordonnant les travaux des différents ministères, organismes et sociétés d’État en lien avec l’*ALÉNA*.

⁶ U.S. Department of Commerce, communiqué, « Department of Commerce Initiates Antidumping Duty and Countervailing Duty Investigations of Imports of Uncoated Groundwood Paper from Canada » (30 août 2017), en ligne : <2017-2021.commerce.gov/news/press-releases/2017/08/us-department-commerce-initiates-antidumping-duty-and-countervailing.html>.

⁷ Au moment de publier, le nom officiel du ministère est le ministère de l’Économie et de l’Innovation, mais par souci de concision, on fera ici simplement référence au ministère de l’Économie.

⁸ En vertu de la section 2 de la *Loi sur le ministère de l’Économie et de l’Innovation*, RLRQ c M-14.1.

Tout en poursuivant ses fonctions de négociateur en chef pour le Québec à l'*Accord économique et commercial global (AECG)*, Pierre Marc Johnson a agi à titre de négociateur et conseiller stratégique pour le gouvernement du Québec dans le cadre de la renégociation de l'*ALÉNA*. À ce titre, il a agi en appui à monsieur Bachand pendant les négociations. Le fait que monsieur Johnson connaissait depuis des années Steve Verheul, négociateur en chef canadien pour l'*ACÉUM*, qui avait précédemment été négociateur en chef pour l'*AECG*, était un atout pour le Québec. Le gouvernement du Québec a également sollicité les services de Richard Ouellet, professeur titulaire de droit international économique à la Faculté de droit de l'Université Laval, afin de le conseiller sur certaines questions juridiques particulières au cours des négociations.

Finalement, différents comités et mécanismes ont été instaurés au sein de l'appareil gouvernemental afin de faciliter la coordination des efforts et l'échange d'informations entre les ministères et organismes du gouvernement du Québec. Par exemple, les délégués du Québec aux États-Unis et au Mexique se réunissaient toutes les trois semaines avec l'équipe de négociation du Québec pour faire le point sur les négociations, afin d'appuyer leur travail de diplomatie d'influence.

Au niveau administratif, afin de donner plus de moyens à l'équipe de politique commerciale alors en place, une nouvelle direction générale de la politique commerciale, incluant désormais une direction des accords commerciaux et une direction des litiges commerciaux, a été mise sur pied au ministère de l'Économie tout juste avant le début des négociations. Cela lui a permis de disposer des ressources humaines nécessaires pour conseiller adéquatement les autorités gouvernementales québécoises et le négociateur en chef du Québec.

Des répondants avaient aussi été identifiés dans les ministères et sociétés d'État les plus directement touchés par les négociations afin de pouvoir rapidement partager et obtenir les informations pertinentes à la défense des intérêts du Québec.

Ainsi, tout était en place pour s'engager dans des négociations qui s'annonçaient difficiles.

C. Analyses effectuées

Pour se préparer à la négociation, le gouvernement du Québec a réalisé de nombreuses analyses portant sur divers enjeux. Il a notamment dressé un portrait des échanges commerciaux et investissements avec les États-Unis et le Mexique (pour le Québec et pour les autres provinces), identifié les dispositions qui pourraient faire l'objet de demandes des autres parties, identifié les intérêts des entreprises québécoises et évalué les impacts potentiels de la fin de l'*ALÉNA*, pour se préparer à toute éventualité.

D'abord, les principales exportations et importations de biens entre le Québec et les partenaires de l'*ACÉUM* ont été analysées. En 2016⁹, les exportations de marchandises

⁹ Les analyses ont porté sur les chiffres d'importations et d'exportations de 2016 étant donné qu'il s'agissait de la dernière année complète avant le lancement des négociations. Il est à noter que les

du Québec vers les États-Unis se chiffraient à 57,1 milliards de dollars, soit 71 % de la valeur totale des exportations du Québec dans le monde. Le surplus commercial avec les États-Unis s’élevait à 26,5 milliards de dollars¹⁰. Les exportations du Québec vers les États-Unis sont très variées et incluent des produits d’aluminium, des hélicoptères, des avions, du bois d’œuvre, de l’électricité, des camions, du chocolat, des médicaments, des minéraux, des meubles, du porc, etc. Les importations au Québec en provenance des États-Unis étaient tout aussi diversifiées. La quasi-totalité des biens faisant l’objet de commerce n’était assujettie à aucun tarif douanier en raison de l’ALÉNA. Ce portrait du commerce allait servir à guider les consultations dont il sera question à la section 2.4.

Le même exercice a également été effectué pour le commerce avec le Mexique ainsi que pour celui entre les autres provinces et territoires et les partenaires de l’ACÉUM. Cela permettait notamment de constater que toutes les provinces canadiennes n’avaient pas le même seuil de dépendance face au marché américain. En effet, environ la moitié des exportations de la Colombie-Britannique ou de la Saskatchewan était destinée aux États-Unis alors que pour le Nouveau-Brunswick et l’Alberta, cette proportion s’élevait à environ 90 %. De même, tandis que les exportations du Québec et du Manitoba aux États-Unis étaient très diversifiées, celles de l’Alberta, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve étaient largement concentrées dans les produits pétroliers. Ces divers éléments aident à mieux cerner la dynamique de négociation fédérale-provinciale et à cibler les alliés potentiels sur les différents enjeux qui émergeront de la négociation.

Les investissements directs sont également un élément important à prendre en considération dans l’analyse du contexte commercial. Ainsi, le ministère de l’Économie a dressé la liste des principales entreprises américaines et mexicaines présentes sur le territoire ainsi que des entreprises québécoises qui possèdent des installations (investissements) aux États-Unis ou au Mexique. Connaître les entreprises québécoises établies aux États-Unis et au Mexique est utile tant dans l’identification des parties prenantes à consulter que dans les efforts diplomatiques, en mettant de l’avant auprès des partenaires l’empreinte économique du Québec sur leur territoire.

Afin de se préparer aux demandes des partenaires commerciaux, une attention particulière a été portée au texte du *Partenariat transpacifique*, que les trois parties avaient signé un an auparavant. Même si les États-Unis s’étaient retirés de ce traité, il était évident qu’ils voudraient s’en servir comme d’une base de négociation pour de nombreux chapitres, considérant la volonté exprimée par leur président de conclure rapidement la négociation. Le *Bipartisan Congressional Trade Priorities and*

statistiques sur le commerce de services entre les provinces et les partenaires étrangers sont très incomplètes. Les analyses sur le commerce des services, et ultimement la détermination des intérêts, devaient donc s’appuyer davantage sur les consultations réalisées.

¹⁰ Il importe de se rappeler que le président Trump avait exprimé publiquement sa ferme volonté de réduire le déficit commercial américain, montrant du doigt certains pays comme la Chine ou l’Allemagne. La réduction du déficit commercial avec les pays de l’ALÉNA avait aussi été identifiée comme un objectif de négociation américain. Le Québec précisément n’avait toutefois pas fait l’objet de déclaration similaire et le déficit commercial américain dans son commerce avec le Québec n’était pas une chose sur laquelle le Québec avait avantage à attirer l’attention.

Accountability Act (TPA) de 2015, qui permettait au président américain de négocier des accords de commerce en sachant qu'ils ne pourront pas être subséquemment amendés par le Congrès¹¹, était aussi éclairant sur les objectifs de négociation américains, à tout le moins sur les attentes du Congrès américain. L'avis public sur les objectifs spécifiques des États-Unis dans les négociations de l'*ALÉNA*¹², diffusé le 17 juillet 2017 par le représentant américain au commerce, constituait aussi une bonne indication des intérêts américains, qui étaient clairement les principaux demandeurs dans le cadre de cette négociation. Ainsi, avant même le lancement des négociations, la plupart des enjeux de négociation étaient prévisibles et le gouvernement du Québec s'attendait donc à ce que les États-Unis fassent des demandes importantes pour un accès au marché canadien des produits agricoles sous gestion de l'offre, pour mieux encadrer le commerce numérique, pour établir des règles d'origine dans le secteur automobile qui soutiennent la production et les emplois aux États-Unis et en Amérique du Nord, pour rehausser le seuil à partir duquel les biens importés par service de livraison sont soumis aux taxes de vente et aux tarifs douaniers, pour mieux encadrer les entreprises d'État et pour rehausser la protection de la propriété intellectuelle, entre autres. À l'inverse, l'abandon des engagements en matière de marchés publics et du règlement des différends investisseur-État dans le futur accord n'était clairement pas sur le radar à ce stade.

Enfin, de nombreuses questions ont été fouillées en lien avec un éventuel retrait américain de l'*ALÉNA* et de l'accord bilatéral de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, tant sur la capacité du président à réaliser le tout sans l'appui du Congrès que sur l'éventuel impact que cela aurait sur le Québec. Sur cette dernière question, le gouvernement du Québec estimait que, même en se reposant uniquement sur les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), plus de la moitié des 200 principaux produits exportés par le Québec auraient pu continuer à entrer en franchise de droits aux États-Unis, et seulement cinq des 200 principaux produits exportés par le Québec aux États-Unis auraient eu à faire face à un tarif douanier de 10 % ou plus. De plus, aucun impact significatif n'était pressenti quant aux contrats publics, étant donné que des règles entourant leur octroi sont prévues dans l'*Accord sur les marchés publics de l'OMC*. Toutefois, un impact significatif aurait été ressenti sur la mobilité professionnelle, avec la fin des visas TN qui permettent aux citoyens canadiens admissibles d'avoir accès à des conditions d'entrée et de travail aux États-Unis plus avantageuses que celles des ressortissants des autres pays. Ces analyses ont donc permis d'identifier les secteurs qui seraient touchés et la manière dont le gouvernement pourrait alors les soutenir, dans l'éventualité où l'administration américaine aurait mis à exécution sa menace de se retirer de l'*ALÉNA*.

¹¹ Pour plus d'information sur le TPA et son fonctionnement, voir Congressional Research Service, « Trade Promotion Authority (TPA): Frequently Asked Questions » (dernière modification le 21 juin 2019), en ligne : *Federation of American Scientists* <fas.org/sgp/crs/misc/R43491.pdf>.

¹² Office of the United States Trade Representative, « Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation » (17 juillet 2017), en ligne (pdf) : *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>.

D. Consultation des différents acteurs

En parallèle à l'analyse des échanges commerciaux et des éventuelles demandes des partenaires commerciaux, le ministère de l'Économie a lancé une vaste consultation auprès des ministères et sociétés d'État du Québec ainsi que des acteurs non gouvernementaux, dans le but de cerner adéquatement les intérêts offensifs et défensifs du Québec dans le cadre de cette négociation.

1. LA CONSULTATION DES MINISTÈRES ET SOCIÉTÉS D'ÉTAT

La consultation des ministères et organismes du gouvernement du Québec est un exercice qui s'effectue tout au long d'une négociation, du début des discussions jusqu'à la mise en œuvre de l'accord. Étant donné que les ministères sectoriels possèdent une expertise fine de leur secteur d'activité ainsi que des contacts bien établis avec les acteurs non gouvernementaux de ces secteurs, cet exercice permet à l'équipe de négociation de cerner adéquatement les enjeux et d'en avoir une compréhension suffisante pour défendre les intérêts québécois, notamment en suggérant des modifications aux textes de négociation ou en fournissant des arguments à l'équipe de négociation fédérale.

La quasi-totalité des ministères et des sociétés d'État du Québec a été sollicitée dans le cadre des négociations de l'ACÉUM. C'est notamment le cas du ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec pour les enjeux liés à la gestion de l'offre ou sur les normes sanitaires applicables aux produits alimentaires, du ministère de la Culture ou des Communications concernant l'exception culturelle ou du Secrétariat du Conseil du trésor pour les questions relatives aux marchés publics. Concernant les demandes du Québec et du Canada au sujet de l'entrée temporaire des gens d'affaires, le ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale et le ministère de l'Immigration, Francisation et Intégration Québec ont été consultés. Le ministère des Finances et Revenu Québec ont été impliqués dans les négociations entourant le seuil *de minimis*, soit le montant à partir duquel sont perçus les taxes de vente et droits de douane sur les biens envoyés par service de livraison en provenance des États-Unis et du Mexique. Le ministère de la Santé et des Services sociaux a contribué aux analyses et discussions concernant la durée de protection des données pour les médicaments biologiques. Certains organismes ou sociétés d'État ont aussi été particulièrement impliqués. C'est le cas d'Hydro-Québec, notamment pour la reconnaissance de l'hydroélectricité comme une source d'énergie renouvelable. La Société des alcools du Québec (SAQ) et la Régie des alcools, des courses et des jeux ont également été impliqués pour la négociation de l'Annexe 3-C sur le commerce en spiritueux, vins, bières et autres boissons alcoolisées du chapitre sur l'agriculture de l'ACÉUM, qui prévoit plusieurs dispositions relatives à la commercialisation et à l'étiquetage des boissons alcoolisées. Certains ministères ont aussi été interpellés sur des questions qui ne sont pas typiquement associées au commerce, telles que le ministère de l'Environnement et de la Lutte contre les Changements climatiques pour

les discussions entourant les institutions environnementales nord-américaines¹³ et le rôle qu'y jouerait le Québec et le Secrétariat aux affaires autochtones pour les propositions référant aux droits des peuples autochtones.

Ces exemples ne témoignent cependant pas de l'ampleur de l'implication des ministères, organismes et sociétés d'État dans la négociation. Au total, ce sont plus de 300 personnes au sein du gouvernement du Québec qui ont été directement interpellées sur un enjeu ou l'autre soulevé par la négociation de l'*ACÉUM*.

En parallèle, sur le plan diplomatique, le ministère des Relations internationales et de la Francophonie (MRIF) a joué un rôle important tout au long de la renégociation de l'*ALÉNA*. Avant même le lancement officiel des négociations, le MRIF a, en coordination avec le gouvernement fédéral, déployé une importante stratégie diplomatique afin de sensibiliser les élus américains aux bénéfices de l'intégration économique nord-américaine. Par exemple, cette démarche visait à rappeler aux élus américains l'importance du marché canadien pour les États-Unis étant donné que trente-deux États américains ont le Canada comme premier marché d'exportation¹⁴.

Les différentes représentations du Québec aux États-Unis et au Mexique ont été impliquées dans le cadre des négociations de l'*ACÉUM*, non seulement pour le déploiement de la stratégie diplomatique, mais aussi pour fournir une lecture politique des différents acteurs sur leur territoire et de leur positionnement par rapport aux négociations. La Délégation générale du Québec à Mexico et le Bureau du Québec à Washington ont aussi joué un rôle actif lorsque les rondes de négociation se déroulaient sur leur territoire, notamment en organisant des rencontres avec des personnes d'intérêt mexicaines ou américaines, en plus de fournir un soutien logistique à l'équipe de négociation du Québec. Leurs actions ont aussi contribué à affirmer le leadership du Québec dans ces négociations. Par exemple, la Délégation générale du Québec à Mexico a organisé une table ronde avec des conférenciers mexicains sur la modernisation de l'*ALÉNA* ainsi qu'un vaste événement, en collaboration avec l'ambassade canadienne, réunissant environ cent cinquante personnes et portant sur la perspective infranationale des négociations de l'*ALÉNA*, avec des représentants des États fédérés (gouvernements et entreprises) des trois parties à l'*Accord*.

2. LA CONSULTATION DES ACTEURS NON GOUVERNEMENTAUX

À partir du moment où les négociations se sont annoncées jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord, le gouvernement du Québec a mené de larges consultations auprès d'acteurs non gouvernementaux. Ces acteurs sont des regroupements d'entreprises, de

¹³ Rappelons que la Commission de coopération environnementale, dont le secrétariat est basé à Montréal, avait été créée par l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, qui était un accord parallèle à l'*ALÉNA*.

¹⁴ Jeff Desjardins, « Here's how important trade with Canada is to your state », *Business Insider* (5 septembre 2017), en ligne : <www.businessinsider.com/infographic-trade-with-canada-by-state-2017-9>.

grandes entreprises et des petites ou moyennes entreprises (PME), des représentants agricoles, des grappes sectorielles ainsi que des syndicats, des ONG ou autres organismes à but non lucratif. Parfois en collaboration avec certains ministères sectoriels, le ministère de l'Économie s'est assuré d'établir des canaux de communications avec des représentants de ces secteurs d'activités afin de connaître leurs préoccupations, leurs enjeux et leurs intérêts. Ces consultations se sont déroulées tout au long du processus de négociations afin de comprendre de manière précise les besoins et préoccupations de ces industries et secteurs d'activités.

Les consultations des acteurs non gouvernementaux se sont effectuées à plusieurs niveaux. En effet, le premier ministre, la ministre de l'Économie et le négociateur en chef ont également mené des activités permettant la consultation et le partage d'informations avec des acteurs non gouvernementaux. Le premier ministre du Québec de l'époque, Philippe Couillard, a également tenu des tables rondes avec une vingtaine de représentants du milieu des affaires, de la culture, de l'agriculture et des syndicats afin d'alimenter les efforts de coordination. La ministre de l'Économie a aussi tenu, notamment, des rencontres de concertation avec le milieu culturel et avec le milieu agroalimentaire, en compagnie du négociateur en chef pour le Québec, monsieur Bachand, ainsi que des ministres respectivement de la Culture et des Communications et de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation.

E. Mandat et stratégie de négociation

L'ensemble des analyses et consultations présentées dans les sections précédentes servent à bâtir les positions du gouvernement du Québec sur la multitude de sujets qui sont abordés dans le cadre d'une négociation d'une portée aussi large que celle de l'ACÉUM. Ces diverses positions ont été formalisées dans le cadre d'un mémoire soumis au Conseil des ministres établissant le mandat de l'équipe de négociation. Ce mandat de négociation couvre l'ensemble des chapitres prévus dans le cadre de l'ACÉUM. Les positions présentées y sont définies de manière à ce qu'elles permettent d'établir concrètement les enjeux pour le Québec et les positions à défendre, tout en étant suffisamment souples pour permettre de s'ajuster en cours de négociations. Une fois ce processus complété, les positions présentées dans ce mandat deviennent les positions officielles du gouvernement du Québec, qui les défendra tout au long de la négociation.

En fait, ce travail de défense des intérêts québécois commence avant même le début des négociations, lors de l'élaboration de la stratégie canadienne en vue de la négociation à venir. Bien que le gouvernement fédéral soit maître de la stratégie de négociation qu'il choisit et de la façon de la déployer, on aurait tort de sous-estimer l'apport des provinces dans l'élaboration de cette dernière. Afin de pouvoir mettre de l'avant des positions ambitieuses dans des domaines de juridiction provinciale, le gouvernement fédéral canadien doit s'assurer que les provinces sont prêtes à prendre de tels engagements. Par exemple, dans le cadre des négociations de l'ACÉUM, le Canada a exercé de la pression pour inclure dans l'accord des engagements ambitieux en matière de travail, d'environnement et de marchés publics. Avant de mettre ces

positions de l'avant, le gouvernement fédéral s'est assuré que les provinces et territoires soient à l'aise de souscrire à de tels engagements. Si ce n'avait pas été le cas, le Canada aurait dû ajuster ses positions et sa stratégie de négociation afin d'en tenir compte.

Ainsi, dans le cadre de rencontres fédérales-provinciales-territoriales visant à échanger sur la stratégie de négociation canadienne, ou encore de façon bilatérale, le Québec exprime non seulement ses positions, mais influence aussi la stratégie de négociation canadienne. Cet exercice va au-delà des stricts champs de compétences des provinces. Par exemple, le Québec a exprimé des positions très claires dans le cas des règles d'origine pour certains biens produits ou importés au Québec ainsi que pour certains enjeux de propriété intellectuelle (protection des données pour les médicaments biologiques, droit d'auteur) dans le but d'influencer les positions et stratégies canadiennes, et ce, avant même le début des négociations.

II. L'action du gouvernement du Québec pendant les négociations

A. Présence et rôle lors des rondes de négociations

La première ronde de négociation a eu lieu à Washington du 16 au 20 août 2017. Par la suite, toutes les rondes de négociations ont eu lieu en alternance entre les trois capitales (Washington, Mexico et Ottawa), à l'exception de la 6^e ronde de négociations qui a exceptionnellement eu lieu à Montréal, du 21 au 29 janvier 2018. Montréal est ainsi la seule ville hors des trois capitales à avoir accueilli une ronde de négociations, ce qui illustre la reconnaissance du leadership québécois sur les questions de libre-échange et ce qui a permis d'offrir une plateforme unique aux parties prenantes québécoises dans le cadre de cette négociation.

À chacune de ces rondes, le négociateur en chef du Québec ainsi que des fonctionnaires du ministère de l'Économie étaient sur place. Tous les provinces et territoires canadiens envoyaient également des représentants sur place, bien qu'il y eût des différences de capacités évidentes entre les différentes provinces. Cette présence permettait aux représentants des provinces et territoires, même s'ils n'étaient pas présents à l'intérieur de salles de négociation, d'avoir des échanges soutenus avec les représentants du gouvernement fédéral et des membres de l'industrie.

Par exemple, chaque jour, les chefs des tables de négociation¹⁵ qui s'étaient réunies dans la journée et le négociateur en chef du Canada faisaient une séance de

¹⁵ La structure des négociations commerciales est très hiérarchisée. Chaque partie nomme un négociateur en chef qui chapeaute l'ensemble des négociations et assure généralement le pont entre l'appareil gouvernemental et le politique. En plus de cela, pour chaque sujet qui fait l'objet de négociations (et qui aboutit généralement à un chapitre spécifique de l'accord), un chef de table est responsable de coordonner et négocier cet aspect précis de l'accord. Il s'agit par exemple de sujets comme l'agriculture, les obstacles techniques au commerce, les monopoles et sociétés d'État ou les dispositions en environnement. Ces chefs de table chapeautent eux-mêmes des équipes de fonctionnaires spécialisées sur le sujet négocié. Chaque chef de table se rapporte ensuite directement au négociateur en chef.

débriefage aux représentants provinciaux et territoriaux. Ces rencontres permettent d’avoir une idée précise des enjeux abordés par les négociateurs durant la journée, des progrès accomplis et, le cas échéant, de nouveaux enjeux qui pouvaient apparaître au cours de la journée. Cela permettait aussi aux représentants provinciaux de poser des questions sur les éléments discutés dans la journée. Étant donné que ces séances sont réservées aux représentants gouvernementaux, les discussions étaient généralement franches et transparentes. Ces rencontres, souvent tenues en toute fin de journée, voire en début de nuit, durent généralement d’une à deux heures, permettant aux représentants des provinces et territoires d’être informés de l’évolution des négociations et des enjeux susceptibles de les affecter.

La présence aux rondes de négociations permet également aux représentants provinciaux qui le souhaitent de rencontrer de manière bilatérale les chefs de table de négociation sur des sujets précis. Ces rencontres permettaient de discuter de manière détaillée d’enjeux techniques : par exemple, comment est définie la notion de « contrôle » d’une entreprise par le gouvernement dans le cadre du chapitre sur les entreprises d’État et monopoles désignés¹⁶? Ces rencontres permettaient aussi de suivre l’évolution d’enjeux significatifs, par exemple en rencontrant les négociateurs agricoles canadiens pour connaître la nature des demandes américaines en matière d’accès au marché pour les produits sous gestion de l’offre. Enfin, ces rencontres permettaient d’échanger en détail plusieurs informations pertinentes et de faire valoir les intérêts du Québec sur certaines questions ciblées, par exemple pour discuter de l’utilisation par certaines entreprises québécoises des niveaux de préférence tarifaire dans le secteur des textiles ou pour exposer au gouvernement fédéral les impacts anticipés sur certaines entreprises en raison des modifications envisagées aux règles d’origine. Cet exercice s’est parfois fait avec d’autres représentants provinciaux, lorsque ceux-ci avaient des préoccupations similaires. Par exemple, plusieurs provinces désiraient mieux discerner quelles obligations du chapitre sur l’environnement s’appliqueraient aux provinces pouvaient rencontrer ensemble la cheffe de table canadienne du chapitre sur l’environnement.

Les rondes de négociation sont d’ailleurs une occasion pour les représentants provinciaux d’échanger entre eux, de partager des informations pertinentes, de sonder leurs homologues sur certains enjeux et de valider des alliances interprovinciales. Plusieurs préoccupations étaient communes à l’ensemble des provinces, alors que certains enjeux étaient davantage portés par quelques joueurs. L’Ontario, le Québec et le Manitoba, par exemple, s’opposaient fermement aux mesures *Buy America*. L’Alberta, le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve étaient, naturellement, davantage préoccupés par les impacts sur les exportations de pétrole, alors que les provinces de l’Atlantique étaient les plus touchées par les questions relatives aux pêcheries. Lors de la renégociation de l’ALÉNA, le Québec a régulièrement organisé des rencontres avec les représentants des autres provinces pour recueillir leur point de vue sur différentes questions. Ces rencontres ont été encore plus fréquentes avec l’Ontario, en compagnie

¹⁶ Ces discussions très spécifiques ont une influence sur la portée des engagements envisagés, et donc sur leurs conséquences potentielles. Les positions du Québec sont ajustées en fonction des informations reçues.

de laquelle des rencontres conjointes avec des représentants d'industries américaines ont également eu lieu.

Finalement, les rondes de négociation offrent aussi l'occasion de rencontrer les parties prenantes québécoises et canadiennes qui se rendent sur place. Les représentants d'industries y mettent évidemment de l'avant leurs intérêts, mais ils souhaitent aussi comprendre la dynamique de la négociation et mieux cerner l'importance de leur enjeu dans le portrait général de la négociation. Parce qu'ils rencontrent toutes sortes d'intervenants, y compris d'autres parties, ils constituent aussi des sources d'information intéressantes. Ultimement, ces rencontres permettaient de mieux comprendre les demandes, intérêts et enjeux de l'industrie, de recueillir de l'information et de valider certaines stratégies. Évidemment, la question de la confidentialité reste une préoccupation constante lors de ces échanges. Des rencontres ont également eu lieu avec des gens d'affaires du Mexique et des États-Unis. Ces rencontres permettaient de mieux cerner leurs intérêts et d'ajuster nos stratégies en conséquence.

B. Travail entre les rondes de négociations

Bien que les rondes de négociations soient des moments intenses, le travail se poursuit également de manière soutenue entre celles-ci. En effet, la période entre les rondes permet d'analyser les nouveaux textes de l'accord, de faire les suivis appropriés auprès du gouvernement fédéral et des autres provinces, le cas échéant, et de consulter les acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux sur différents points.

1. L'ANALYSE DES TEXTES DE NÉGOCIATIONS

À l'issue de chaque ronde, le gouvernement fédéral transmettait aux représentants provinciaux les versions actualisées des textes de l'accord en négociation. Ces textes permettaient de voir les éléments qui étaient entendus entre les parties ainsi que les propositions des parties sur les enjeux restants. Chaque nouvelle version des textes était analysée en profondeur par les représentants du ministère de l'Économie et partagée aux ministères et organismes du gouvernement du Québec concernés. Ceux-ci avaient ainsi l'occasion d'échanger avec les fonctionnaires du ministère de l'Économie sur l'évolution des enjeux de la négociation et de transmettre des commentaires ou analyses produites par leur organisation. L'analyse des textes visait essentiellement à s'assurer de la conformité des propositions avec le cadre législatif québécois, à protéger la marge de manœuvre législative et réglementaire souhaitée par le gouvernement du Québec et à évaluer l'impact potentiel des dispositions sur l'économie québécoise. Les interventions du Québec auprès du gouvernement fédéral canadien à propos des textes en négociation ont mené à des modifications au texte de plusieurs chapitres de l'accord, y compris sur des thèmes que l'on n'aurait peut-être pas naturellement associés au Québec, comme la lettre complémentaire (*side letter*) sur l'énergie ou le chapitre sur le commerce numérique.

2. LES RENCONTRES ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES ET TERRITOIRES

En plus des rencontres qui ont lieu lors des rondes de négociations, les représentants du gouvernement du Québec continuent d’échanger régulièrement avec leurs vis-à-vis du gouvernement fédéral entre les rondes de négociation. Cela se faisait parfois lors de rencontres bilatérales en personne à Ottawa, par échange de courriels ou de notes de position ou dans le cadre de rencontres fédérales-provinciales-territoriales qui réunissaient les fonctionnaires de ces gouvernements à Ottawa.

Ces échanges permettaient d’avoir plus de temps pour discuter des enjeux qu’il n’était possible de le faire durant les rondes de négociations. De plus, ces rencontres permettaient d’ajuster la position du Canada en fonction des préoccupations et intérêts exprimés par les provinces. Ces échanges étaient donc autant techniques (sur des aspects précis du texte de l’accord) que stratégiques (sur la position générale du Canada et sur l’équilibre entre les gains anticipés et les concessions octroyées par le Canada). Par exemple, au niveau technique, de nombreuses discussions ont eu lieu concernant l’application des règles d’origine pour le secteur automobile. En effet, le Québec s’inquiétait de l’application potentielle de ces nouvelles règles aux camions lourds et aux ambulances, qui sont des produits fabriqués au Québec puis exportés aux États-Unis.

Le Québec a régulièrement cherché à aller au-delà de l’identification d’enjeu, en proposant des solutions alternatives telles que de nouveaux libellés dans le texte de l’accord, ou en développant un argumentaire solide pour défendre ses enjeux. Cela visait tant à démontrer le bien-fondé des positions québécoises qu’à outiller le gouvernement fédéral canadien dans la défense de ces positions auprès des États-Unis et du Mexique.

Bien que ce ne soit pas le principal angle abordé par cet article, il importe de souligner que ces échanges ont également lieu au niveau politique. En effet, dans le cadre de la renégociation de l’*ALÉNA*, les ministres responsables des négociations commerciales des provinces et territoires ont tenu de nombreux appels avec Chrystia Freeland, ministre des Affaires étrangères du gouvernement fédéral, en compagnie du négociateur en chef du Canada, Steve Verheul. Des appels fédéral-provincial-territorial (FPT) similaires ont également eu lieu au niveau des premiers ministres. De plus, de nombreux appels ou lettres de positions ont été échangés entre les ministres responsables. Ces échanges FPT au niveau politique servent à assurer une bonne circulation de l’information jusqu’au plus haut niveau et à aborder des enjeux plus sensibles dans le cadre de la négociation. Les négociations commerciales étant généralement très structurées et hiérarchisées, il y a une limite aux enjeux qui peuvent être résolus au niveau des fonctionnaires. Les questions plus litigieuses ou plus délicates sont généralement tranchées au niveau politique.

3. LES INTERACTIONS AVEC LES ENTREPRISES ET GROUPES D’INTÉRÊT CONCERNÉS

Finalement, un dernier groupe d’acteurs impliqué entre les rondes de négociations est celui des entreprises et des groupes d’intérêts concernés par les

négociations. En effet, le gouvernement du Québec a consulté régulièrement ces acteurs. En fonction de l'évolution des enjeux, certaines entreprises spécifiques ont été rencontrées entre les rondes de négociation. Bien qu'il ne fût pas possible de partager les textes de négociations avec elles, ces rencontres permettaient de valider certains aspects commerciaux techniques, d'échanger sur certaines pistes de solution et de les informer des développements pertinents concernant l'évolution des négociations sur les enjeux qui les touchaient directement. Ces rencontres entre les rondes de négociations permettent également de rejoindre certains groupes qui ne sont pas nécessairement présents lors des rondes de négociations, mais qui ont des intérêts particuliers pour celles-ci. Par exemple, les représentants du gouvernement du Québec ont tenu quelques rencontres avec les membres de la Coalition pour la diversité des expressions culturelles ainsi que certaines entreprises œuvrant dans des secteurs commerciaux sensibles. Les représentants du Québec ont également rencontré les sièges sociaux américains de certaines entreprises basées au Québec pour mieux cerner les impacts potentiels de certaines dispositions sur leurs usines situées au Québec.

III. Le rôle du gouvernement du Québec après la fin des négociations

Même lorsque les États-Unis, le Canada et le Mexique sont parvenus à une entente de principe mettant fin aux négociations, le 30 septembre 2018, il restait encore beaucoup de travail à accomplir avant l'entrée en vigueur de l'accord. L'implication du gouvernement du Québec s'est poursuivie elle aussi après la fin officielle des négociations.

D'abord, un processus de nettoyage juridique du texte devait être effectué afin de s'assurer de la cohérence juridique du texte¹⁷. Par la suite, le texte anglais devait être traduit dans les autres langues officielles de l'accord, soit le français et l'espagnol. Bien que le Québec ne soit pas officiellement consulté dans ces deux phases, le gouvernement du Québec y est quand même intervenu pour s'assurer que certains libellés spécifiques plus sensibles soient rédigés, dans la version finale, d'une façon qui convienne au Québec. Certaines incohérences entre le projet de texte français et le texte original anglais ont également été soulignées au gouvernement fédéral pour être corrigées.

Outre cela, le Québec a suivi de près les négociations entre l'administration américaine et le Parti démocrate sur les modifications à apporter à l'*ACÉUM* pour que les démocrates appuient la loi de mise en œuvre qui devait être adoptée par le Congrès américain¹⁸. Le tout aura mené à la signature par les parties, le 10 décembre 2019, d'un Protocole d'amendement de l'*ACÉUM*. Ce dernier aura notamment entraîné le renforcement des obligations en travail et en environnement, de même que l'élimination de

¹⁷ Le nettoyage juridique (ou « *legal scrub* » en anglais) vise à éviter d'avoir des dispositions qui imposent des obligations contradictoires, à s'assurer que les mêmes termes utilisés soient définis de façon cohérente entre les chapitres, à réviser les différentes références à des numéros d'articles puisque ceux-ci changent pendant la négociation, etc.

¹⁸ Étant donné que les démocrates détenaient la majorité à la Chambre des Représentants, leur appui était requis afin d'obtenir un vote favorable à la mise en œuvre de l'*Accord*.

la disposition exigeant une période de protection des données des médicaments biologiques d’une durée de dix ans. Le Québec était favorable à ces modifications et l’avait laissé savoir au gouvernement canadien.

Même une fois l’accord stabilisé, les échanges entre les parties se sont poursuivis sur la mise en œuvre de l’accord. Les discussions entourant la réglementation uniforme pour les règles d’origine ont soulevé des enjeux et le Québec a, jusqu’à la toute fin, maintenu un dialogue avec le gouvernement fédéral et les entreprises québécoises concernées afin de défendre les intérêts de ces dernières. De sérieux efforts de communication ont aussi été déployés auprès des entreprises exportatrices québécoises afin de s’assurer qu’elles soient au courant des changements entraînés par l’ACÉUM et qu’elles adaptent la documentation douanière accompagnant leurs exportations aux États-Unis et au Mexique, le cas échéant.

Pour les secteurs sous gestion de l’offre, le gouvernement québécois a fait des représentations auprès du gouvernement fédéral sur la façon d’attribuer les contingents d’importation de manière à minimiser les impacts pour l’industrie québécoise. Des représentations visant l’octroi par le gouvernement fédéral de compensations justes et équitables aux producteurs et transformateurs de produits sous gestion de l’offre affectés par l’ACÉUM ont également été régulièrement effectuées.

Lorsque l’ACÉUM est entré en vigueur, le 1er juillet 2020, le gouvernement du Québec devait encore, pour se conformer à l’accord, modifier la *Loi sur la taxe de vente du Québec*¹⁹ afin de rehausser à 40 \$ le seuil à partir duquel est perçue la taxe de vente du Québec sur les biens envoyés par service de livraison à partir du Mexique ou des États-Unis. De plus, le Québec devait encore se déclarer lié à l’ACÉUM, en vertu de la procédure prévue aux articles 22.1 et suivants de la *Loi sur le ministère des Relations internationales*²⁰. Parmi les principales étapes, notons que l’Assemblée nationale du Québec doit prendre connaissance de l’accord et l’approuver (ou le rejeter) par motion et le gouvernement doit ensuite adopter un décret pour que le Québec se déclare officiellement lié à l’accord.

Cela conclut la phase de négociation et de mise en œuvre initiale de l’accord. L’accord étant dynamique, le travail se poursuit ensuite à travers les différents comités mis en place et visant à prévenir et régler les irritants commerciaux. Certaines négociations prévues dans l’accord — telles que celle visant à étendre aux gouvernements des provinces, états et territoires les obligations du chapitre 22 sur les entreprises d’État et monopoles désignés — ont aussi été lancées. Le Québec participe activement à ces négociations.

Bref, même une fois la négociation terminée, le travail du gouvernement du Québec entourant l’ACÉUM se poursuit.

La renégociation de l’ALÉNA a impliqué un travail colossal pour le Québec en raison des impacts potentiels tant sur les pouvoirs de réglementer que sur les entreprises

¹⁹ *Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ c T-0.1.

²⁰ *Loi sur le ministère des Relations internationales*, RLRQ c M-25.1.1, arts 22.1 et s.

québécoises. Pour ce faire, la quasi-totalité des ministères et sociétés d'État ont mis à profit leur expertise pour défendre les intérêts du gouvernement du Québec et des citoyens québécois et s'assurer de conserver un accès commercial privilégié à ce vaste marché de plus de 450 millions d'habitants. Cet exercice a pu être réalisé grâce à un important travail de coordination et de collaboration au sein du gouvernement du Québec, mais aussi entre les provinces et territoires canadiens et avec le gouvernement fédéral, de même qu'avec un vaste effort déployé par le réseau diplomatique québécois au Mexique et aux États-Unis.

Bien que le commerce extraprovincial, et donc la négociation d'accords commerciaux internationaux, soit officiellement une compétence du gouvernement fédéral, il apparaît clair que les provinces ont un rôle crucial à jouer lors de la négociation de ces accords. Ce rôle est d'ailleurs grandissant, étant donné que ces accords vont dorénavant largement au-delà de la simple libéralisation des tarifs douaniers et couvrent de larges champs de compétence des provinces. En effet, un accord comme l'*ACÉUM* touche la capacité du gouvernement du Québec de réglementer les services, d'attirer l'investissement, d'imposer des obligations en matière de réglementation environnementale et de droit du travail, affecte les revenus de taxation de l'État, encadre les actions d'entreprises d'État comme la SAQ, et traite de protection des consommateurs et du commerce numérique. Autant de sphères où le gouvernement du Québec légifère et réglemente quotidiennement. Évidemment, on doit ajouter à cela le travail que le gouvernement du Québec fait pour défendre les intérêts de ses entreprises dans le cadre des négociations, travail d'autant plus utile et apprécié par les PME québécoises qui ont parfois l'impression d'être loin de ces négociations.

Pour toutes ces raisons, l'implication des provinces dans le cadre des négociations d'accords de libre-échange est incontournable. Le gouvernement du Québec assume volontiers un rôle de leader dans cette participation des provinces aux négociations commerciales canadiennes, comme l'a démontré la négociation de l'*ACÉUM*.

SUB-FEDERAL DELIBERATIVE EXCLUSIONS AND FREE TRADE: MEXICO'S CENTRALIZED FEDERALISM AND WEAK INSTITUTIONAL CAPACITIES

Marcela López-Vallejo and Jorge A. Schiavon***

This article explores the relationship between trade and sub-federal deliberative exclusions in the case of Mexico. Mexican centralized federalism explains the absence of sub-federal governments (SFGs) in the negotiations of free trade agreements, even if they are responsible for dealing with trade outcomes at the local level. This article argues that sub-federal deliberative exclusions are not only evident under the federal allocation of powers but also by their limited institutional capacities (restrictions in budgets and personnel, lack of professionalization, and absence of inter-institutional coordination). This is the case of *NAFTA*, the *USMCA*, and the *Mexico-European Union Free Agreement* in its original and recently renegotiated versions. Despite constraints by federalism and institutional limitations, SFGs engage in trade and investment promotion through inter-institutional agreements (IIAs) allowed by secondary legislation.

Cet article explore la relation entre le commerce et les exclusions délibératives sous-fédérales dans le cas du Mexique. Le fédéralisme centralisé mexicain explique l'absence de gouvernements sous-fédéraux (GSF) dans les négociations des accords de libre-échange, même s'ils sont chargés de traiter les résultats commerciaux au niveau local. Cet article soutient que les exclusions délibératives sous-fédérales ne se manifestent pas seulement par la répartition fédérale des compétences, mais aussi par leurs capacités institutionnelles limitées (restrictions budgétaires et de personnel, manque de professionnalisation et absence de coordination interinstitutionnelle). C'est le cas de l'*ALENA*, de l'*ACÉUM* et de l'*Accord de libre-échange entre le Mexique et l'Union européenne* dans ses versions originale et récemment renégociée. Malgré les contraintes imposées par le fédéralisme et les limitations institutionnelles, les GSF s'engagent dans la promotion du commerce et des investissements par le biais d'accords interinstitutionnels (AII) permis par la législation secondaire.

Este artículo explora la relación entre comercio y exclusiones deliberativas sub-federales en el caso de México. El federalismo centralizado en México explica la ausencia de gobiernos sub-federales (GSF) en las negociaciones de tratados de libre comercio, aun cuando estos gobiernos sean responsables de resolver los resultados en materia comercial a nivel local. Este artículo argumenta que las exclusiones deliberativas sub-federales no sólo son evidentes en la distribución de poderes en el esquema federal, sino también en las limitadas capacidades institucionales (restricciones de presupuesto y personal, falta de profesionalización y ausencia de coordinación inter-institucional). Esto es el caso en el *TLCAN*, el *T-MEC* y el *Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea* en sus versiones originales y recientemente renegociadas. Aun ante las limitaciones institucionales y del federalismo, los gobiernos sub-federales participan en la promoción comercial y de atracción de inversiones a través de los acuerdos interinstitucionales (AII) permitidos en la legislación secundaria.

* Professor of International Relations at the Center for North American Studies, University of Guadalajara, Mexico; Secretary general (2017-2019), Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI); marcelalopezvallejo@gmail.com.

** Professor of International Relations at the International Studies Department, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Mexico; President (2011-2013), Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI); jorge.schiavon@cide.edu.

Contemporary free trade agreements (FTAs) account for different types of deliberative exclusions, being the lack of participation of civil society during their negotiation the most common. The degree of involvement of civil society during the FTAs processes is usually related to how deliberation performs.¹ Nonetheless, FTAs processes account for a second type of deliberative exclusion. Territorial interests have either limited participation or are absent during the negotiations of trade agreements.² This type of exclusion is controversial given that “new generation” FTAs are more complex and include issues under the competence of subnational political units.³ In federal systems, excluding sub-federal governments (SFGs) from the negotiation of FTAs makes deliberation problematic. Federations guarantee SFGs certain powers, which prevent that policies are only subject to the will of the federal government.⁴ Therefore, when FTAs touch on sub-federal competences or jurisdictions, strong intergovernmental collaboration is required. If governmental levels fail to collaborate, the implementation of trade agreements will hardly be successful.⁵

Despite contemporary trade complexity, SFGs do not participate in trade negotiations in Mexico. The Constitution and trade laws grant the exclusive power to negotiate trade agreements to the Mexican federal government.⁶ Although states are “sovereign” under Article 40 of the Constitution, they function under a centralized federalist structure, where different policy domains are exclusive to the federal government (e.g. trade or foreign policy).⁷ In trade issues, the territorial representation is limited to the ratification process under the Senate. The exclusion of SFGs was evident during the negotiation of the United States, Mexico and Canada FTA (*USMCA*, former *North American Free Trade Agreement* or *NAFTA*) and the *Mexico-European Union Agreement (MXEU.2)*, the refurbished version of the original *Mexico-European Union Free Trade Agreement (MX-EU-TA)*. Both FTAs were negotiated in the last five years and touched on SFGs competences.

¹ Andreas Dür & Dirk de Bievre, “Inclusion without Influence? NGOs in European Trade Policy” (2007) 27:1 *J Public Policy* 79; Dorval Brunell & Sylvie Dugas, “Civil Society Organizations against Free Trade Agreements in North America” in Jeffrey Ayres & Laura Macdonald, eds, *Contentious Politics in North America: National Protest and Transnational Collaboration under Continental Integration* (Basingstoke: Palgrave-Macmillan, 2009) 57; Silke Trommer, “Activists beyond Brussels: Transnational NGO Strategies on EU-West African Trade Negotiations” (2011) 8:1 *Globalizations* 113; Jean-Baptiste Velut, “What Role for Civil Society in Cross-Regional Mega-Deals? A Comparative Analysis of EU and US Trade Policies” (2016) 55 *R Interventions économiques* 1.

² Michelle Egan & Maria H. Guimaraes, “The dynamics of federalism, subnational markets and trade policy-making in Canada and the US” (2019) 29:4 *Regional Federal Studies* 459.

³ Patricia Goff, “Limits to deep integration: Canada between the EU and the US” (2017) 30:5-6 *Cambridge Rev Intl Affairs* 549; Egan & Guimaraes, *supra* note 2.

⁴ Matthew Schaefer, “Twenty-first Century Trade Negotiations, The US Constitution, and the Elimination of US-State Level Protectionism” (1999) 2:1 *J Intl Econ L* 72.

⁵ Patrick Fafard & Patrick Leblond, “Twenty-first Century Trade Agreements: Challenges for Canadian Federalism” (2012) at 3, online (pdf): *The Federal Idea* <citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1039.8688&rep=rep1&type=pdf>.

⁶ Mexico Laws. (2019b). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Mexico City: Porrúa.

⁷ *Ibid.*, art XL.

This article argues that trade exclusions are not only evident by constitutional constraints for SFGs to participate in FTAs negotiations but also in the limited institutional capacities of SFGs which prevent them from engaging more strongly, to influence the negotiations and to deal with trade outcomes. Either to provide infrastructure, efficient governance processes, security, or to address trade disputes, SFGs need local capacities. In developing countries such as Mexico, this poses institutional structural challenges. Limited budgets, lack of professionalization, absence of inter-institutional coordination or even the lack of procedures to face trade are also forms of sub-federal deliberative exclusions.

Such legal and institutional constraints explain the absence of Mexican SFGs in trade politics. However, although in a very limited way, Mexican SFGs do engage in trade. By utilizing “inter-institutional agreements” (IIAs), they have found alternative channels to participate in trade politics. Although constrained to SFGs competences, IIAs help SFGs to promote their own trade agendas and somehow try to overcome the lack of institutional capacities required for FTA engagement. IIAs were established by an amendment to the *Law on Celebration of Treaties (LCT)* in 1992 which granted SFGs and governmental agencies at all levels the capacity to negotiate and sign cooperation agreements with foreign counterparts in diverse topics including trade and investment promotion⁸. They do not require ratification or approval by the federal government or the Senate.

This article contributes to the literature on deliberation in trade politics from a local perspective. It conceives deliberation as a wider process. Firstly, not only civil society needs participation, but also other governmental channels of territorial representation, such as states, provinces, cantons, departments, cities, municipalities, communities, among others. Analyzing the role of these governments is fundamental to understand the political and policy processes not from above or below, but from “the middle” as SFGs’ political action becomes one of the last frontiers between globalization and territorial agendas.⁹ Secondly, even though SFGs could constitutionally voice their interests during the negotiation of FTAs, they not always have the institutional capacities to influence trade processes.¹⁰ Although there is plenty of literature on the role of SFGs in trade politics in developed countries with federal systems (e.g. Canada, the United States or the European Union), the contribution of this article is to analyze how limited institutional capacities account for more profound deliberative exclusions in developing countries, such as Mexico.

The article is divided into five sections. The first discusses why and how SFGs are usually excluded from trade politics in federal systems. The second

⁸ *Ley de Celebración de Tratados*, Mexico City: Diario Oficial de la Federación, 1992.

⁹ Brian Hocking, “Patrolling the ‘Frontier’: Globalization, Localization and the ‘Actorness’ of Non-central Governments” in Francisco Aldecoa & Michael Keating, eds, *Paradiplomacy in Action: The Foreign Relations of Subnational Governments* (London: Frank Cass Publishers, 1999) 17.

¹⁰ Fafard & Leblond, *supra* note 5; Julie M. Simmons, “Canadian multilateral intergovernmental institutions and the limits of institutional innovation” (2017) 27:5 *Regional Federal Studies* 573.

section analyzes the constraints imposed by the Mexican federalism to prevent SFG trade engagement. The third section explains the SFG limited participation in negotiation of *USMCA* and *MXEU.2* as well as problems faced during *NAFTA* and *MEX-EU-TA*. The fourth section details how IIAs become alternative pathways for SFG trade engagement. Lastly, the conclusions present the central findings of the article.

I. SFGs deliberative exclusion in free trade agreements

Deliberation is intrinsically linked to liberal democracy and conceived as an inclusive idea of policy and political process where dialogue and debate are fundamental for collective action and for producing collective goods.¹¹ Within the political sphere, the aggregation of values and interests supports the idea of legitimacy of policy outcomes. In this sense, civil society's direct participation is crucial to prevent deliberative exclusions in free trade, and thus pushes forward a policy process coming from "below."¹² With its participation, civil society, organized groups or collectivities ideally voice their interests, demands and identities to redistribute resources and power. However, power relations change and reconstitute interests and values themselves through political practices.¹³ Deliberative inclusion, then, needs to consider all practices and institutions involved somehow in free trade.

In a context of a legitimacy crisis of free trade, contestation arises from different fronts: civil society fights against disparities and exclusions resulting from trade, and states struggle against the influence of international actors in domestic policies.¹⁴ Recent-generation FTAs try to address contestation either through legal mechanisms intended to correct market distortions and compensate for asymmetric trade relations (i.e. dispute settlement mechanisms) or by non-commercial conditions representing social interests (i.e. the inclusion of democracy and human rights clauses in FTAs).

The lack of or limited social participation in the design of these mechanisms represents failures in deliberation. Whereas civil society is key for contestation, SFGs are fundamental to implement outcomes of the bargaining between FTA negotiators and civil society.¹⁵ In this sense, SFGs represent the middle ground

¹¹ Chantal Mouffe, "Deliberative Democracy of Agonistic Pluralism" (2000) Institut für Höhere Studien (IHS) Reihe Politikwissenschaft/Political Science Series No 72; Joshua Cohen, "Democracy and Liberty" in Jon Elster, ed, *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 185.

¹² John R. Parkins & Ross E. Mitchell, "Public Participation as Public Debate: A Deliberative Turn in Natural Resource Management" (2005) 18:6 *Society Natural Resources* 529; Velut, *supra* note 1.

¹³ Mouffe, *supra* note 11.

¹⁴ Michael Fakhri, "Book Review of Andrew Lang, *World Trade Law after Neoliberalism. Re-imagining the Global Economic Order*" (2012) 23:3 *Eur J Intl L* 903; Andrew Lang, *World Trade Law after Neoliberalism. Re-imagining the Global Economic Order* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

¹⁵ Christopher J. Kukucha, "The Role of the Provinces in Canadian Foreign Trade Policy: Multi-Level Governance and Sub-National Interests in the Twenty-First Century" (2004) 23:3 *Policy Society* 113 at 113-14.

between free-trade values and political interests at local scales. SFGs become the political arena in which political practices link the public and the private, as well as the local and the global. In arguing that SFGs participation in free trade processes is fundamental to voice other more local channels, this article assumes that SFGs become the last governmental space for regulation, enforcement of public policies and political responses to global or national pressures towards correcting market failures resulting from trade.¹⁶

In this sense, contemporary trade agreements scrutinize federal arrangements, impacting internal markets and intergovernmental relations.¹⁷ FTAs intrude in domestic markets as they touch on sub-federal provision of goods, services, public procurement or political provisions, such as human rights or anti-corruption measures. Within the state, social actors and SFGs articulate interests, which generally aim to protect domestic markets from liberalization.¹⁸ Therefore, in federal systems, the allocation of competences plays a key to the negotiation and SFGs engagement in FTAs.¹⁹

In some federations, there is a clear set of competences in each policy domain. Some SFGs have historically fought for independent trade policies, such as in Wallonia, Scotland or Quebec.²⁰ They have even used their powers to veto or redesign FTAs, such as when Wallonia vetoed the Canada-European Union FTA. In contrast, others such as US states and the rest of the Canadian provinces encounter ambiguity in trade distribution of competences.²¹ Additionally, some other SFGs have clear but limited trade powers granted by their federal governments. In these cases, trade involvement is usually limited to the ratification process through second chambers (i.e. the Senate).

When an FTA concludes its ratification process and enters into force, SFGs need to implement obligations resulting from the negotiated FTA. It is in this stage of trade politics that institutional capacities can determine the success of liberalization. As scholars note, autonomy granted by federalism implies regulatory diversity, which can undermine efficiency when implementing FTAs.²²

The case of Mexico shows how limited capacities and centralized federalism play along as obstacles SFGs face when trying to engage in trade politics.

¹⁶ Marcela López-Vallejo, "En la frontera del debate global-local: La provisión de bienes públicos desde la gobernanza escalar" (2017) 69:2 *Revista Española de Derecho Internacional* 171; Hocking, *supra* note 9 at 17-21.

¹⁷ Goff, *supra* note 3; Egan & Guimaraes, *supra* note 2.

¹⁸ Schaefer, *supra* note 4.

¹⁹ Goff, *supra* note 3; Fafard & Leblond, *supra* note 5; Schaefer, *supra* note 4.

²⁰ Ohio Omiunu, "The Evolving Role of Sub-National Actors in International Trade Interactions: A Comparative Analysis of Belgium and Canada" (2017) 6:2 *Global J Comparative L* 105; Hubert Rioux Ouimet, "From Sub-state Nationalism to Subnational Competition States: The Development and Institutionalization of Commercial Paradiplomacy in Scotland and Quebec" (2015) 25:2 *Regional Federal Studies* 109.

²¹ Kukucha, *supra* note 15; Schaefer, *supra* note 4.

²² Egan & Guimaraes, *supra* note 2 at 462; Kukucha, *supra* note 15.

The next section details SFGs legal constraints under the Mexican federal structure and their limited institutional capacities.

II. Mexican federalism and weak institutional capacities: Limits to SFG trade involvement

The Mexican Constitution, promulgated in 1917 and reformed more than 1,000 times throughout its history, establishes that Mexico is a presidential and federal system, with strong bicameralism. Thus, in terms of institutional division of power, it is a system with the strongest possible formal level of separation of powers. However, as a result of more than 70 years (from 1929 to 2000) of hegemony or dominance of the official party, the *Partido Revolucionario Institucional* (PRI), Mexico functioned as one of the most centralized political systems in the world. The extremely powerful federal Executive in Mexico can be understood by analyzing the relation between two central political actors in the system: the president, who has served as chief of state and government, and the official party. According to Weldon, presidential power depends on: 1) the constitutional powers of the Executive, 2) the legislative strength of the President's party; 3) the degree of discipline exercised by the leaders over party members; and, 4) the competition that the President faces from rivals within his own party.²³

Due to the centralization of the system and the non-competitive nature of the elections that sustained the Mexican political system before 2000, the PRI had a majority (in some cases of more than 90 % of the seats) in both houses of Congress from 1929 to 1997. Since the mid-thirties, the president also was *de facto* the leader of the party; this, combined with the fact that there was no congressional or presidential re-election since that time, and that the party delegated to the president the power to designate his successor and control key party nominations, generated a supremacy of the federal Executive over Congress and SFGs. The latter was implemented through the nomination of party candidates to state and local posts, who typically won in uncontested elections. Also, the president could freely remove governors from power, through the PRI-controlled Senate or negotiated resignations. Even in the last decade of the authoritarian system in the nineties, the control over the 32 federal units still existed. As an example, during President Carlos Salinas' administration (1988-1994), 16 constitutionally elected governors were removed from their posts.²⁴

As the practically undisputed leader of a highly disciplined party that held uninterrupted congressional majorities in both Houses of Congress for close to 70

²³ Jeffrey A. Weldon, "Political Sources of Presidentialism in Mexico" in Scott Mainwaring & Matthew S. Shugart, eds, *Presidentialism and Democracy in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997) 225 at 227.

²⁴ Peter M. Ward, Victoria E. Rodríguez & Enrique Cabrero, *New Federalism and State Government in Mexico: Bringing the States Back In* (Austin: Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, University of Texas at Austin, 1999).

years, the federal Executive was far from restrained by constitutionally limited powers. The other relevant political actors in the system had incentives to ally with the Executive and support his policy preferences because he controlled, due to the rule of no re-election, their career advancement possibilities.²⁵ Thus, even if there were several *de jure* veto points in the Mexican institutional system, due to the presidential, bicameral and federal divisions of power, the Mexican president was able to exercise *de facto* control over all the political actors in the system. To put it simply, he had the power to enact his preferred policies, including trade policy and FTA negotiations. There was no space for SFGs to actively participate in international affairs, including trade policy.

However, once the official party lost the presidency and its majority in the Houses of Congress in 2000, the federal Executive lost his extra-constitutional powers, keeping only those granted by the Constitution. This new democratic competition generated divided and juxtaposed governments at all federal levels. These changes impacted the traditional authoritarian federalism scheme and opened the door to decentralizing certain policy domains. Under this new scheme, SFGs participated in public policy design both locally and in collaboration with the federal government. Some SFGs (mainly from opposition parties to PRI) set their own domestic priorities and policies, including those to engage internationally with global markets.²⁶

Nonetheless, to date, SFGs engagement in trade politics is still prevented by the Constitution and secondary legislation. In Mexico, the legal framework regarding foreign and trade policy can be found in the Constitution, where the powers of the three branches of government are clearly defined. Article 124 of the Constitution establishes that “the powers that are not explicitly defined in the Constitution [...] are reserved for the states.”²⁷ However, there is a very clear rule in the case of treaties, including FTAs: it establishes that “states cannot, in any case, enter into alliances, treaties or coalitions with other States or foreign powers.”²⁸

Secondary legislation reinforces constitutional mandates. The specific attributions on foreign policy issues are defined in the *Organic Law of Federal Public Administration*, whose Article 28.I establishes that the *Secretaría de Relaciones Exteriores* (SRE) has the attribution to coordinate the external negotiations of all the ministries and agencies of the federal Executive and SFGs, without affecting their attributions.²⁹ As such, SRE’s main responsibility is to conduct foreign policy. To do so, it has the power to participate in all types of treaties, agreements and conventions of which the country is part.

²⁵ Weldon, *supra* note 23 at 248.

²⁶ Jorge A. Schiavon, *Comparative Paradiplomacy* (London: Routledge, 2019).

²⁷ “Mexico Laws” (2019b), *supra* note 6, art CXXIV.

²⁸ *Ibid*, art CXVII, § 1.

²⁹ Mexico Laws. (2019a), *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, Mexico City: Porrúa, art XXVIII, § 1.

More important is the *Law on the Approval of Economic International Treaties (LAEIT)* which does not allow SFGs to sign economic and trade treaties.³⁰ For this topic, the only form of participation for SFGs and other social actors is through Senate commissions and public hearings, where the participation of society is only for consultation purposes. This puts SFGs in a difficult and confusing situation, as the Senate hardly represents territorial interests but party preferences. The consequence of this lack of deliberation is that no SFG can contest or resist the implementation of FTAs once they are ratified by the Senate.

Apart from being excluded in the negotiation process and not being fully represented by the Senate, SFGs face weak institutional capacities to engage in trade politics.³¹ Limited institutional capacities of Mexican SFGs are embedded in bureaucratic and political centralization practices in the Mexican federal system. Centralization is still produced and reproduced at different scales, posing important limitations and challenges for SFGs to conduct their international activities (see Table 1): limited and non-regular local budgets (mostly depending on party loyalty), lack of professionalization of decision makers in international topics, and limited capacities to coordinate international affairs and trade promotion, among others. Based on a survey conducted in 2016-2017, only half of them (55.17 %) consider that their current legal and operative status facilitates the fulfillment of their responsibilities.³² The most important challenges that they face in their everyday activities are insufficient budgets (22 states, 75.86 %, say they do not have sufficient budget) and human resources (17 states, 58.62 %, say they do not have enough staff members); on a lesser level, 11 states (37.93 %) believe they have limited training in international affairs, and 13 states (44.83 %) think they lack inter-institutional coordination mechanisms between state institutions.

³⁰ *Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica* (México: Diario Oficial de la Federación, 2004).

³¹ Fafard & Leblond, *supra* note 5; Simmons, *supra* note 10.

³² Jorge A. Schiavon developed the survey in August 2016. With support from the General Direction for Political Coordination of the SRE (SRE's area in charge of relations with SFG in international affairs) and the Asociación Mexicana de Oficinas de Asuntos Internacionales de los Estados (the only association in Mexico that brings together and coordinates the actions of state agencies in charge of the international relations of 27 out of 32 states), the survey was sent to all 32 Mexican states in October 2016. The level of response was very high: the highest state authority for international affairs (or its representative) of 31 states (96.88 %, all except Baja California Sur) answered the survey between October 2016 and October 2017. Two of them (Hidalgo and Veracruz) said they had no office for international affairs, so 29 states answered almost every question.

Table 1. Institutional capacities of Mexican SFGs (2016-2017)³³

Survey question: What factors challenge the operation of the office or area in charge of international affairs? (Select all options that apply)

State	Lack of an adequate legal framework	Insufficient budget	Insufficient human resources	Lack of training in international affairs	Lack of adequate inter-institutional coordination with state institutions
Aguascalientes	No	No	No	No	No
Baja California	No	Yes	Yes	No	Yes
Campeche	Yes	Yes	Yes	Yes	No
Chiapas	No	Yes	No	Yes	Yes
Chihuahua	Yes	Yes	Yes	No	No
Ciudad de México	Yes	Yes	No	No	Yes
Coahuila	No	No	No	Yes	No
Colima	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Durango	No	Yes	No	No	Yes
Estado de México	No	Yes	Yes	No	No
Guanajuato	No	Yes	No	No	Yes
Guerrero	No	Yes	Yes	Yes	No
Jalisco	No	Yes	Yes	Yes	Yes
Michoacán	No	Yes	Yes	Yes	Yes
Morelos	Yes	No	No	No	No
Nayarit	No	No	No	No	No
Nuevo León	No	Yes	No	Yes	No
Oaxaca	No	No	No	No	Yes
Puebla	No	No	Yes	No	No
Querétaro	Yes	Yes	No	No	Yes
Quintana Roo	Yes	Yes	Yes	No	Yes
San Luis Potosí	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Sinaloa	Yes	Yes	Yes	No	No
Sonora	Yes	No	No	No	No
Tabasco	Yes	Yes	Yes	No	No
Tamaulipas	Yes	Yes	Yes	No	Yes
Tlaxcala	Yes	Yes	Yes	Yes	No
Yucatán	No	Yes	Yes	No	No
Zacatecas	No	Yes	Yes	Yes	No
	No: 16 (55.17%) Yes: 13 (44.83%)	No: 7 (24.14%) Yes: 22 (75.86%)	No: 12 (41.38%) Yes: 17 (58.62%)	No: 18 (62.07%) Yes: 11 (37.93%)	No: 16 (55.17%) Yes: 13 (44.83%)

³³ Jorge A. Schiavon & Marcela López-Vallejo, "Mexican Sub-Federal Actors and the Negotiation and Implementation of Free-Trade Agreements" in Jörg Broschek & Patricia Goff, eds, *Multilevel Trade Politics: Configurations, Dynamics, Mechanisms* (Toronto: University of Toronto Press, 2020), 130. Only includes the states that answered almost every question of the survey (29 out of 32).

This data demonstrates that some Mexican SFGs have already put in place legal mechanisms to deal with trade and international politics. Additionally, they are in the process of professionalizing their personnel, but they have to operate with limited budgets and scarce human resources. Another issue failing is inter-institutional coordination, where there is fragmentation of trade policies among different SFG agencies.

To sum up, centralized federalism and limited domestic capacities prevent Mexican SFGs from participating fully in FTAs. The next section showcases the role of SFGs in the renegotiation of *USMCA* and *MXEU.2*. Although these FTAs touch on states' competences, SFGs were only present during the ratification process through the Senate.

III. SFGs limited participation in *USMCA* and *MXEU.2*

Since Mexico became a signatory of the *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* in 1986 and with the liberalization trend in the decade of 1990, it opened its economy to trade relations and became one of the countries with most FTAs enacted. This path was consolidated by the signing of *NAFTA* in 1994, becoming member of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) that same year, and its membership in the World Trade Organization (WTO) since 1995. In line with this trend, tariffs and non-tariff barriers were dramatically reduced in the first ten years of the *NAFTA*.³⁴ In the nineties, Mexico signed several other bilateral and multilateral trade agreements, as well as complementation and investment protection agreements, with different countries in Latin America and the Global Agreement with the European Union in 1997. Since the first decade of the 21st Century, Mexico signed more treaties with other countries in Latin America, Asia and Middle East. In none of these negotiations did civil society fully participated and SFGs were absent. Only in the original *MX-EU-TA* of 1998 (Title I, Article I) civil society had a saying under the democracy clause, which promoted respect for participation and human rights.

Both contemporary FTAs (*USMCA* and *MXEU.2*) took two different approaches to incorporate social concerns. In the original version of the *USMCA* (the 1994 *NAFTA*), the inclusion of legal mechanisms, such as Chapter 11 to protect private investment, of services and non-tariff barriers, as well as of two parallel agreements (environment and labour) represented a new generation of agreements in the nineties which transcended the traditional model of exchanging goods. This trade model included a broad range of issues addressed by regulation and driven by domestic politics.³⁵ The *USMCA* followed this trend by including a minimum wage for workers

³⁴ Carol Wise, "The North American Free Trade Agreement" (2009) 14:1 *New Political Economy* 136 at 136.

³⁵ Finn Laursen & Chistilla Roederer-Rynning, "Introduction: the new EU FTAs contentious market regulation" (2017) 39:7 *J Eur Integration* 763; Egan & Guimaraes, *supra* note 2 at 460.

of the automotive industry, transforming the former environmental and labour agreements into trade clauses, and including Chapter 27 regarding anti-corruption measures related to trade.³⁶

The *MXEU.2* added new topics to the political coordination area (one of the three pillars of the agreement alongside with economy/trade and cooperation), going beyond *USMCA* goals. Besides previously established articles on democratization, human rights and social cohesion, the 2018 *MXEU.2* included new clauses addressing the need for transparency, anti-corruption, accountability, citizen security, organized crime, arms controls, cybersecurity, gender equality, and environmental and labour protection.³⁷ Civil society from the EU and Mexico claimed that their participation was not enough in the first stages of the *MXEU.2* negotiation, contrary to what the EU Commission asserted.³⁸ However, during the last rounds of negotiation in 2017 and 2018, both partners' civil societies had more presence, yet it was limited to specific sectors and projects. In contrast with the participation of civil society, SFGs were absent in the negotiation of both FTAs.

A. The *USMCA* and the exclusion of Mexican SFGs

On September 30, 2018, Canada, Mexico and the United States announced that they had reached agreement on the *USMCA* FTA, which would replace the 25-year-old *NAFTA*; it was signed by the presidents of Mexico and the United States and the Canadian Prime Minister on November 30, during the G20 summit in Buenos Aires, Argentina. After this signature, each country has followed its own ratification process. The ratification process was relatively smooth in the case of Mexico (majority vote only in the Senate), since the political party of the current Executive (MORENA) had a majority in the legislature. Since the agreement could not be modified during the ratification process, this led to the negotiation of a side agreement between the United

³⁶ Antonio Ortiz Mena, "Unpacking the USMCA: Answers to the Essential Questions" (2018) at 5, online (pdf): *Albright Stonebridge Group* <www.albrightstonebridge.com/files/Unpacking%20the%20USMCA.pdf>; Hugo Perezcano Diaz, "Trade in North America: A Mexican Perspective on the Future of North America's Economic Relationship" in Centre for International Governance Innovation, *The Future of North America's Economic Relationship: From NAFTA to the New Canada-United States-Mexico Agreement and Beyond* (Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2018) 7 at 14.

³⁷ Lorena Ruano, "The 'Modernisation' of the Global Agreement between Mexico and the EU" in Antonella Mori, ed, *EU and Latin America. A Stronger Partnership?* (Milan: Italian Institute for International Political Studies, 2018) 47 at 65; Francisco Del Río & Raúl Saavedra, "Modernización de los capítulos de diálogo político y cooperación del Acuerdo Global México-Unión Europea" (2018) 112 *Revista Mexicana de Política Exterior* 33.

³⁸ Deborah Martens et al, "Mapping Variation of Civil Society Involvement in EU Trade Agreements: A CSI Index" (2018) 23:1 *Eur Foreign Affairs Rev* 41; Martin, "Mexico and European civil society concerns and proposals about 'modernisation' of the EU-Mexico global agreement" (27 June 2017), online: *Seattle to Brussels Network* <s2bnetwork.org/eu-mexico-civil-society/>; EC, Directorate-General for External Policies, *The Modernisation of the European Union-Mexico 'Global Agreement'* (Brussels: European Union, 2015).

States and Mexico in the area of labour rights in Mexico to ensure its approval in the House, as it happened with *NAFTA* in 1993.³⁹

Mexican SFGs were completely absent from the negotiation stage of the agreement. There was no formal consultation mechanism between Mexican federal authorities and SFGs, even in areas like government procurement at the state or local level. Even if the Mexican Senate has the power to ratify the agreement and Mexican senators are representatives of the federated states, they can only vote for or against the whole agreement, and thus, are not able to make line-item changes based on the preferences of their SFGs. Also, the Mexican electoral system did not allow consecutive re-election of legislators until 2018; this placed the political future of legislators on national party leaders. Therefore, senators have generally voted following national party lines instead of promoting the interests of their states or governors, reinforcing the party discipline in congressional votes.⁴⁰

The *USMCA* is 12 chapters longer than the original agreement, including new chapters on issues like state-owned enterprises, energy, digital trade, competitiveness, good regulatory practices, and exchange rates; it also includes some social mechanisms to promote small and medium enterprises, anti-corruption measures, and minimum wage setting for the automotive sector in Mexico of USD\$16/hour. In terms of anti-corruption, Chapter 27 sets out domestic and international obligations, including the application and enforcement of existing anti-corruption laws. The social mechanisms that existed in *NAFTA*'s side agreements on the environment and labour were integrated into *USMCA*, limiting the environmental scope of topics, but with more enforceable capacity.⁴¹ Canada's progressive agenda was watered down,⁴² but all parties accepted to protect marine mammals, prohibit harmful fisheries subsidies and establish new obligations on air quality, marine litter and forest management. However, there is no mention of climate change cooperation, a topic intrinsically related to decarbonization policies not welcomed by the Trump administration. In terms of labour, Mexico agreed to recognize and guarantee collective bargaining rights.⁴³ All these changes were agreed by the Mexican federal government negotiators without consultations with SFGs or civil society, even if these commitments are enforceable at the federal, state and local levels, through consultations and the dispute settlement mechanism included in the agreement.⁴⁴

As it was argued in the two previous sections, SFGs did not participate in the negotiation of *USMCA* and their interests were not taken directly into consideration.

³⁹ Jorge A. Schiavon & Antonio Ortiz Mena L.N., "Apertura comercial y reforma institucional en México (1988-2000): Un análisis comparado del TLCAN y el TLCUE" (2001) 41:4 (166) *Foro Internacional* 731.

⁴⁰ Schiavon, *supra* note 26 at 100-06.

⁴¹ Evgeny Postnikov, "Unravelling the Puzzle of Social Standards' Design in EU and US Trade Agreements" (2018) 24:2 *New Political Economy* 181.

⁴² Especially in areas like climate change cooperation, protection of endangered species and biodiversity, and forest and natural resources management, among others.

⁴³ *United States-Mexico-Canada Agreement*, 30 November 2018 at Annex 23-A of Chapter 23 (entered into force 1 July 2020).

⁴⁴ Ortiz Mena, *supra* note 36.

On the Mexican side, the only social actor which participated indirectly in *USMCA* negotiations was the business sector, which sent an advisory group to support the Mexican negotiating team. However, only big business was represented in this advisory group, excluding small and medium enterprises. The participation of big business as an advisory group in the negotiations of *USMCA* replicates what happened in the negotiations of *NAFTA* in the early nineties. Mexico's most important businessmen were constantly consulted on what was being negotiated in both cases; this group was called "the room next door."⁴⁵

Due to constitutional and legal rules, SFGs did not have any input in the debates and negotiation of the agreement, generating a multi-scale constraint for SFGs in the process. SFGs have to implement the new regulations that derive from *USMCA*, in which they had no involvement in the agenda setting, policy design, negotiation and definition, in areas like energy, digital trade, competitiveness, good regulatory practices, promotion of small and medium enterprises, minimum wage setting, extended labour rights, enforcement of national and international anti-corruption laws, among many others. The instrumentation of these new regulations requires proficient bureaucracies and institutions at the SFG level. This is particularly difficult due to the limited structural capacities of SFGs to deal with neoliberal exclusions resulting from trade: scarce budgets and personnel, low professionalization, lack of inter-institutional coordination at the state level and the absence of legal rules and procedures puts them in a weak position to implement the FTAs locally. These are some of the ways in which institutional structural exclusion took place in the case of *USMCA*.

B. The *MX-EU.2* touching on SFGs competences

The negotiation of the *MX-EU.2* took more time than the *USMCA*. The initiative to modernize this FTA took place in 2013, in a CELAC-UE meeting in Santiago de Chile. During the 2015 Seventh Mexico-European Union Forum, formal talks began, and one year later, the negotiation process started.⁴⁶ The goal was to broaden the scope of the three pillars of the original global agreement: trade, cooperation and political dialogue. Each of these pillars was negotiated under its own logic. In the trade area, norms of origin and intellectual property were updated, as well as areas like non-tariff barriers, dispute resolution mechanisms, subsidies, goods and services; it also included other issues such as digital trade, telecommunications, energy, sustainable development, small-and-medium size business, among others. The first three negotiation rounds were focused mainly on trade, but the following rounds also addressed cooperation and political dialogue. Topics included transparency, anti-corruption, human rights, migration, money laundering, drug traffic, climate change, and gender.⁴⁷

In the *MX-EU-TA*, Mexican social groups were consulted through the Mexican Senate and specialized forums. Their participation focused mainly on development,

⁴⁵ Schiavon & Ortiz Mena, *supra* note 39 at 751-753.

⁴⁶ Del Río & Saavedra, *supra* note 37.

⁴⁷ Ruano, *supra* note 37; Del Río & Saavedra, *supra* note 37.

human rights and democracy.⁴⁸ However, since the Lisbon Agenda of 2007-2009, the European Union made a change in its FTA agenda toward a more politicized and contested process, where social and parliamentary actors and regulation play a key bargaining role.⁴⁹

Under this new approach, civil society was not clearly defined.⁵⁰ For example, under the EU–Mexico Civil Society Forum (part of the *MX-EU-TA*), several meetings and participatory mechanisms were created, such as the Social Observatory and a Joint Advisory Committee. Both intended to represent business, trade unions, farmers, academia and civil organizations.⁵¹ Although open to sectors and society, these mechanisms excluded SFGs. Only at the third meeting of the Civil Society Forum in 2006 did the EU express concern about SFGs’ institutional weaknesses and lack of accountability.⁵² It was during the same year that the Mexico-EU Parliamentary Commission promoted dialogue with Mexican states and municipalities. In several meetings, the federal government was accompanied by some SFGs’ representatives; the Commission also met with certain SFGs individually.⁵³ The problem with the Parliamentary Commission is that it is only grounded on the rulings of the Strategic Association between both partners (signed in 2010), therefore, it is not a constitutional mechanism, and its enforceable capacity is limited.⁵⁴

The only formal mechanism for SFGs to participate directly at the negotiation stage of FTAs is through Senate Commissions’ public hearings, as mandated by Articles 11 and 12 of *LAEIT*.⁵⁵ This poses a deliberation problem, where senators following party lines are overrepresented, undermining the local executives and legislatures in decision-making. Indirectly, SFGs engaged in the *MX-EU-TA* through two channels. The first one was the Social Cohesion Laboratory (I and II), a program to train local officials in the states of Oaxaca and San Luis Potosí in topics such as social prevention of violence and crime, and access to human rights, justice, security, employment, basic public services, and migration.⁵⁶ However, the main filter for SFGs’

⁴⁸ Del Río & Saavedra, *supra* note 37; Laursen & Roederer-Rynning, *supra* note 35.

⁴⁹ Ruano, *supra* note 37; Laursen & Roederer-Rynning, *supra* note 35; Velut, *supra* note 1 at 10.

⁵⁰ Velut, *supra* note 1.

⁵¹ Secretaría de Relaciones Exteriores, “México–Unión Europea. Mexico City: Secretaría de Relaciones Exteriores” (1 January 2016), online: *Gobierno de México* <www.gob.mx/sre/acciones-y-programas/mexico-union-europea?idiom=es>; Delegation of the European Union in México, “The European Union–Mexico Political Relations” (2016), online: *Delegation of the EU to Mexico* <eeas.europa.eu/delegations/mexico/eu_mexico/political_relations/political_relations_framework/index_en.htm>.

⁵² Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, *XXI Reunión de la Comisión Parlamentaria Mixta México–Unión Europea* (Bruselas: Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques and Senado de la República, 2016); Secretaría de Relaciones Exteriores, “México–Unión Europea. Mexico City: Secretaría de Relaciones Exteriores”, *supra* note 51.

⁵³ EC, Directorate-General for External Policies, *supra* note 38 at 48.

⁵⁴ Postnikov, *supra* note 41; Rosalba Icaza, “NAFTA Parity in Real Time: The ‘Making’ of the EU-Mexico Partnership” in Philippe de Lombaerde & Michael Schulz, eds, *The EU and World Regionalism: The Makability of Regions in the 21st Century* (London: Ashgate Publishing Ltd, 2016) 115 at 130.

⁵⁵ *Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica*, *supra* note 30, arts 11-12.

⁵⁶ Secretaría de Relaciones Exteriores, “Social Cohesion Laboratory II Mexico-European Union” (2018), online: *Mexico and the European Union* <globalmx.sre.gob.mx>; Secretaría de Gobernación, “Laboratorio de Cohesión Social México – Unión Europea” (2018), online: *Laboratorio de Cohesión*

proposals are the Mexican federal government and the European Union, where multi-scale constraint still takes place. This program was directed to strengthen the structural institutional capacities of Mexican SFGs. Yet, although the program helped to finance institutional buildings in Oaxaca and San Luis Potosí, this was not enough given the socio-environmental impacts of European trade in both places, especially regarding European energy projects. In this sense, the social consultation process of the political pillar was disconnected to the economic-trade pillar.⁵⁷

In the 2018 *MXEU.2*, SFGs were involved more directly. The *MXEU.2* included innovations such as public procurement. Public procurement links two pillars of the global agreement: political and economic/trade. From 2000 to 2017, the investment of EU partners concentrated in a few Mexican states, and it came from almost only seven EU members.⁵⁸ In the *MXEU.2*, and for the first time in a Mexican FTA, there is a commitment made by the EU to sign agreements directly with Mexican states and municipalities to offer access for European companies to trade procurement. This gives institutional guarantees to European business to operate locally.⁵⁹ These direct agreements imply that good governance must operate at the local level in terms of accountability, anti-corruption, transparency, efficiency, security, labour, and environmental, among other political and economic standards.

The *USMCA* and the *MXEU.2* situate SFGs into a three-way puzzle, where deliberative exclusion takes place. First, SFGs need to deal directly with the exclusions that free trade accounts for vulnerable social groups and certain economic sectors, but they are ill-equipped to absorb large-scale external shocks. For example, Mexican states are powerless to prevent migration flows to major cities (Mexico City, Monterrey or Guadalajara) or to the United States.⁶⁰

Second, both FTAs present different visions of free trade which SFGs must interpret and implement, where the North American FTA will freeride from the European more political approach. *USMCA*'s only goal is to grant security for investment and capital flows (through the anti-corruption chapter), and for the exchange of goods and services. Topics originally put on the table for negotiation, such as indigenous rights or gender issues, were only superficially mentioned in the final agreement. In contrast, the *MXEU.2* included in its original version political and cooperation schemes and a democratic clause⁶¹. Although supported by a procedural approach to democracy, they had no enforceability through trade sanctions and were never activated; this political approach was the request of several social groups in the European Union in the nineties. The democratic clause was never requested by any of the parts; however, on several occasions, the EU Commission has used it to visit

Social México – Unión Europea <cohesionsocialmxue.org>; EC, Directorate-General for External Policies, *supra* note 38 at 33.

⁵⁷ Velut, *supra* note 1 at 12.

⁵⁸ Schiavon & López-Vallejo, *supra* note 33.

⁵⁹ Stephen Woolcock, "European Union policy towards Free Trade Agreements" (2007) 03/2007 ECIPE Working Paper at 7.

⁶⁰ Jorge Durand, *Historia Mínima de la Migración México-Estados Unidos* (México: El Colegio de México, 2016).

⁶¹ *European Union-Mexico Trade Agreement*, 23 April 2018, art 1.

conflict areas in Mexico or make statements on human rights.⁶² The new *MXEU.2* reinforces the anti-corruption and transparency clauses, and the requirement of social consultation during trade negotiations.

The third puzzle is that both agreements demand changes in local structural conditions that SFGs are unable to meet in the short term, as they belong to a structure of federalized power practices (i.e. decentralization of public policies with resources controlled by the federal government). Additionally, states and municipalities are usually implicated in dispute-resolution mechanisms or in building institutional capacity to operate FTAs, whereas they were not present when new power relations through free trade were constructed.

IV. IIAs as an alternative for trade engagement

Constitutionally, there is no prohibition for SFGs to negotiate agreements in international affairs in Mexico, except for international treaties. Mexican SFGs have the legal right to establish cooperation agreements with counterparts worldwide through international agreements which do not need the approval of the Senate. These agreements are called “interinstitutional agreements” (IIAs) and were introduced in 1992 with a reform to the *Law on Celebration of Treaties*.⁶³ Article 2.II of the *LCT* defines an inter-institutional agreement as

the agreement ruled by public international law, concluded [...] between any ministry or decentralized agency of the federal public, state or municipal administrations, and one or many foreign government agencies or international organizations.⁶⁴

LCT also establishes that “the areas covered by inter-institutional agreements must be strictly circumscribed within the faculties of the ministries or decentralized agencies of the different levels of government.”⁶⁵ Additionally, SFGs and the bureaucratic agencies that enter IIAs must keep the SRE informed; this federal ministry can revise and determine if the agreements are legal, in which case, it registers them and keeps their official record under the Register of Inter-Institutional Agreements (RIIA).⁶⁶ Since not all SFGs register their IIAs before the SRE, this register does not include the totality of all existing agreements; however, it does include all the IIAs recognized as legal by the Mexican government, which is those that are legally binding according to Mexican and international law. Thus, non-registered IIAs, since they did not follow the legal procedure to be enacted, would not be considered binding by the Mexican federal government.⁶⁷

⁶² EC, Directorate-General for External Policies, *supra* note 38 at 20-22.

⁶³ *Ley de Celebración de Tratados*, *supra* note 8.

⁶⁴ *Ibid*, art 2.II [translated by author].

⁶⁵ *Ibid* [translated by author].

⁶⁶ Registry available online: *Registro de Acuerdos Interinstitucionales* <coordinacionpolitica.sre.gob.mx/index.php/registro-de-acuerdos-interinstitucionales-r-a-i>.

⁶⁷ Jorge Palacios Treviño, *Tratados. Legislación y Práctica en México* (Mexico City: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2002).

The introduction of IIAs in 1992 as alternative mechanisms for SFG international engagement (recognized by the *LCT*) was consistent with Mexico's opening to global markets. Table 2 illustrates that the signing of IIAs has increased with every presidential administration, except for Peña. The vast majority of IIAs (97.09 % of all IIAs with all international partners) were signed after the initiation of *NAFTA* in 1994 and the opening of the Mexican economy. *NAFTA* opened two areas of opportunity for Mexican states: a huge market with reduced barriers for their exports and an important source of foreign direct investment (FDI). Also, the enactment of *MX-EU-GA* and democratization in 2000 pushed Mexican states to actively promote themselves internationally, thus generating incentives for external economic promotion and its institutionalization through IIA (85.23 % of all IIAs are post-2000). Before *NAFTA* only 26 IIAs were signed (2.91 % of the total), while before the *MX-EU-GA* there were only 132 IIAs (14.77 %) implemented. Therefore, FTAs clearly have an impact on local policy, especially in the incentives for SFGs to increase their international activities.

**Table 2. IIAs by Presidential Administration and Pre/Post
NAFTA and *MX-EU-GA*⁶⁸**

Period <i>vis à vis</i> NAFTA	Number of IIAs	% of total IIAs (894)
Pre-NAFTA (before 1994)	26	2.91 %
Post-NAFTA (1994--)	868	97.09 %
Pre-MX-EU-GA (before 1999)	132	14.77 %
Post MX-EU-GA (1999--)	762	85.23 %
TOTAL	894	100 %
Presidential Administration		
Miguel de la Madrid (1982-1988)	3	0.34 %
Carlos Salinas (1988-1994)	23	2.57 %
Ernesto Zedillo (1994-2000)	104	11.63 %
Vicente Fox (2000-2006)	159	17.79 %
Felipe Calderón (2006-2012)	359	40.16 %
Enrique Peña (2012-2018)	246	27.52 %
TOTAL	894	100 %

Facing an open and competitive global market with the existence of a more plural economic and political system in Mexico, where the logic of the market prevails, the international activities of SFGs began to pursue three main objectives: 1) finding markets for their exports; 2) attracting FDI, tourism and international decentralized cooperation (IDC) for productive activities within their territory; and 3) strengthening ties with their emigrant populations to promote their protection and to encourage the flow of remittances and the productive investment of a proportion of them.

⁶⁸ Samuel Lucas McMillan & Jorge A. Schiavon, "The Future of U.S.-Mexico Relations: The Role of Sub-State Governments" in Tony Payan, Alfonso López de la Osa Escribano & Jesús Velasco, eds, *The Future of U.S.-Mexico Relations* (Houston: Arte Público Press, 2020) at 76.

By 2018, SFGs had signed and registered 894 IIAs. Worth noting is that the international activities of Mexican SFGs are restricted to those areas in which they have powers. Therefore, it is not surprising that the areas covered by the IIAs are concentrated in those issues in which they are legally capable of subscribing. Since the central aim of SFGs international relations is to promote state and local development and welfare, the issues most widely included in the IIAs are those directly related to these topics, as evidenced in Table 3: strengthening human capital through education, culture, science, technology and human resources training; generating welfare through the promotion of trade, investment and tourism; and, to a lesser extent, improving the environment, urban development and security.⁶⁹

Table 3. Areas of cooperation of Mexico's SFGs IIAs (2014 and 2018)⁷⁰

Area of cooperation*	% of Total (2018) (894 IIAs)
Education	60.74
Culture	53.13
Tourism	36.47
Trade promotion	33.22
Science and technology	32.55
Training	24.38
Investment promotion	22.89
Environment	20.36
Urban development	17.90
Security	8.28

*The areas of cooperation are not mutually exclusive, since one IIA may include several of them.

As we explained previously, IIAs should not interfere with FTAs. However, SFGs use trade and investment promotion to develop their own policy agendas to articulate domestic interests. Sometimes, SFGs trade priorities align to those of the federal government; other times, their interests take different paths.⁷¹ To profit from FTAs signed by the Mexican federal government, between 1995 and 2018, SFGs signed IIAs to promote trade and investment with 15 US and Canadian SFGs and 11 with European partners. The signing of an IIA is preceded by promotion teams touring abroad to attract investment or promoting different economic activities. For example, the states of Nuevo León and Puebla usually send multi-sectoral teams to different trade fairs in the United States, Asia and Europe. Other strategies deal with relations with international organizations: states like Chiapas, Quintana Roo or Campeche, have close ties to the United Nations, which grants them funds for development and cultural conservation. Other states have cross-border relations with the United States for developing transregional markets and supporting their historical

⁶⁹ Schiavon, *supra* note 26 at 148.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Omiunu, *supra* note 20; Leslie Delgran, "Conflict in Trade Policy: The Role of the Congress and the Provinces in Negotiating and Implementing the Canada-US Free Trade Agreement" (1992) 22:4 *Publius J Federalism* 15.

economic relations.⁷² Finally, some promote themselves through opening representation offices abroad. If SFGs attract FDI to their states, they ought to work with the federal government to watch for consistence with already signed FTAs. In this sense, SFGs need to adapt to the rules of FTAs already performing.

This article argued that current FTAs generate different types of deliberative exclusions, and that participation of more actors during their negotiation processes can diminish the impact of these exclusions. In the Mexican case, civil society's participation has been very limited in the negotiation of *USMCA* and more widely promoted in the *MXEU.2*, while SFGs have been practically excluded from all FTAs negotiations. The problematic situations faced under investment disputes, social claims or public procurement in *NAFTA*, *USMCA*, *MEX-EU-TA* or *MXEU.2* evidence why SFGs participation in the negotiation of FTAs is fundamental for liberalization processes to be successful. The inclusion of SFGs into the policy trade process accounts for more efficient provision of collective goods⁷³, widening the scope of "publicness" into other actors performing locally.⁷⁴

The exclusion of Mexican SFGs of both FTAs happened for two central reasons. First, the federalist structure bans Mexican SFGs from the trade agenda setting, policy design and negotiation of FTAs, even if they must face FTA obligations at the local level. Second, even if SFGs had the legal powers to participate in FTA negotiations, their limited institutional capacities (low budgets and limited personnel, lack of professionalization, low interinstitutional coordination and absence of legal rules and procedures) constrains their power to influence the negotiations and puts them in a weak position to deal with trade outcomes.

Despite these exclusions, Mexican SFGs try to engage in trade politics through IIAs. Although these agreements only allowing for trade and investment promotion, they represent alternative routes for SFGs to either complement federal trade goals or set their own trade priorities abroad. As the data shows, the use of IIAs by SFGs has increased in time.

To address this issue, a more inclusive legal framework is necessary to disentangle verticality in the Mexican federal structure. This could prevent intergovernmental problems when dealing with trade outcomes and allow for institutional building of local capacities, thus facilitating the participation of SFGs

⁷² Gabriela Muñoz-Meléndez & Marcela López-Vallejo, "Building a Transregional Governance Architecture for Electricity Integration in the Baja California–California Border Region: The Cases of Tijuana and Mexicali" (2018) 9:2 Latin American Policy 349.

⁷³ Mouffe, *supra* note 11.

⁷⁴ López-Vallejo, *supra* note 16.

in FTA negotiations. For Mexican SFGs to participate more actively in FTA negotiation and further implement new FTAs, legal provisions at the federal level and more institutional capacity at the state and local levels are necessary.

THE INSTITUTIONAL DESIGN OF *CUSMA*: IMPROVEMENT OR REVERSAL VIS-À-VIS *NAFTA*?

Antonio Ortiz Mena L. N. and Jorge A. Schiavon***

In this article we comparatively analyze the institutional design of the 2020 *Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA)* vis-à-vis the 1994 *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*. In the modernization of *NAFTA* into *CUSMA*, three strategies were employed: updating, upgrading, and adjusting the institutional design. We explore whether the implementation of these strategies provide a better governance of free trade and investment in the region compared to *NAFTA*. To do so, we conduct an in-depth evaluation of both agreements. Our central argument is that there were both progress and reversals in several areas: for example, the strength and powers of dispute settlement mechanisms, an improvement in the implementation of the working groups, changes in the flexibility or rigidity of its architecture depending on the sector analyzed, among many others. The article is comprised of three sections, each of them dealing with one of the three strategies under scrutiny. Finally, based on the central findings, we provide some public policy recommendations to strengthen the governance of free trade and investment in North America through the *CUSMA*.

Dans cet article, nous analysons de manière comparative la conception institutionnelle de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM)* de 2020 par rapport à l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)* de 1994. Lors de la modernisation de l'*ALÉNA* en *ACÉUM*, trois stratégies ont été employées : mise à jour, mise à niveau et ajustement de la conception institutionnelle. Nous examinons si la mise en œuvre de ces stratégies offre une meilleure gouvernance du libre-échange et des investissements dans la région par rapport à l'*ALÉNA*. Pour ce faire, nous procédons à une évaluation approfondie des deux accords. Notre argument central est qu'il y a eu à la fois des progrès et des reculs dans plusieurs domaines, par exemple : la force et les pouvoirs des mécanismes de règlement des différends, une amélioration de la mise en œuvre des groupes de travail, des changements dans la flexibilité ou la rigidité de son architecture selon le secteur analysé, parmi tant d'autres. L'article est composé de trois sections, chacune d'entre elles traitant de l'une des trois stratégies examinées. Enfin, sur la base des principaux constats, nous fournissons des recommandations de politique publique pour renforcer la gouvernance du libre-échange et de l'investissement en Amérique du Nord par le biais de l'*ACÉUM*.

En este artículo analizamos comparativamente el diseño institucional del *Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC)* del año 2020 vis-à-vis el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)* de 1994. En la modernización del *TLCAN* transformado en *T-MEC* se utilizaron tres estrategias: actualización, mejora y ajuste del diseño institucional. Exploramos si la implementación de estas estrategias provee una mejor gobernanza del libre comercio e inversiones en la región en comparación con el *TLCAN*. Con este fin, llevamos a cabo una evaluación profunda de ambos tratados. Nuestro argumento central es que se observan tanto avances como retrocesos en diversas áreas: por ejemplo, en la fortaleza y poderes de los mecanismos

* Antonio Ortiz Mena L. N. is a Senior Vice President at Albright Stonebridge Group and an Adjunct Professor at the Walsh School of Foreign Service, Georgetown University and at CIDE. He holds a Ph.D. in Political Science (University of California, San Diego, UCSD). He is the author of more than 50 articles and chapters on Mexican international relations, trade policy, North American integration, public opinion and foreign policy.

** Jorge A. Schiavon is Professor of International Relations at the International Studies Department, at CIDE in Mexico City (1999—today). He has served as Chair of the International Studies Department (2007–2010) and Secretary General (Vice-Rector) of CIDE (2004–2007), as well as President of the Mexican International Studies Association (2011–2013). He holds a Ph.D. in Political Science and International Affairs (University of California, San Diego, UCSD). He is the author or editor of 25 academic books, and more than 150 articles and chapters on Mexican foreign policy and diplomacy, migration, North American integration, sub-State diplomacy (paradiplomacy), public opinion and foreign policy. Corresponding author: jorge.schiavon@cide.edu.

de solución de controversias, una mejora en la implementación de los grupos de trabajo, cambios en la flexibilidad o rigidez de la arquitectura dependiendo del sector analizado, entre muchos otros. Este artículo está integrado por tres secciones, cada una de ellas dedicada a analizar cada una de las tres estrategias bajo escrutinio. Finalmente, con base en nuestros principales hallazgos, proveemos algunas recomendaciones de política pública para fortalecer la gobernanza del libre comercio e inversiones en América del Norte a través del *T-MEC*.

In his inaugural address on 1 December 1988, Mexican President Carlos Salinas de Gortari (1988–1994) emphasized the need for a new relationship between Mexico and the United States; he stated that his administration would seek “new balances with the United States of America, a field of opportunities and delicate differences”, and that the challenges that would arise from this new relationship would be solved “with the most determined effort of concerted action and respectful collaboration”.¹ For Salinas’ government, deepening trade and investment liberalization, and locking them in via international agreements, were his top foreign policy priorities, especially with North America, due to the concentration of capital and trade flows in the region: more than two thirds of Mexico’s trade (both imports and exports) and capital movements (both inflows and outflows) took place with North America in the early nineties.²

For this reason, the negotiation and implementation of a free trade agreement in the region, the *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* was seen as a strategy to promote economic growth, technological flexibility, economies of scale, specialization and efficient operation of markets, all priorities of the economic reforms implemented by the Salinas administration.³ The negotiation and implementation of *NAFTA*, both to achieve trade liberalization and encourage the flow of foreign direct investment (FDI) to Mexico, was the most important project in the administration’s foreign policy agenda, as Salinas recognized in his second, fifth and sixth government reports to Congress and to the Nation.⁴

For more than two decades after *NAFTA*’s entry into force in 1994, economic relations between Canada, Mexico and the United States were stable, as the agreement facilitated the creation of a free trade area in the region, with increasing volumes of trade, investment and regional production between the three countries. For example, U.S. trade with its *NAFTA* partners went from USD\$292.7 billion in 1993 to USD\$1.2 trillion in 2019, a 319% increase.⁵ The United States remains the largest foreign investor in Canada and Mexico, and from 1997 to 2019, the stock of U.S. investment increased by 315% and 360%, respectively.⁶ More importantly, growing trade and investment led to shared production, as shown by the 2015 Grubel-Lloyd intra-industry trade index, where it was 63% for the United States and Canada, and 53% for Mexico and the United States, compared with a much lower 20% for the U.S.

¹ Carlos Salinas de Gortari, “Mensaje de Toma de Posesión del Presidente Carlos Salinas de Gortari” in Carlos Arriola, ed, *Documentos Básicos (Tratado de Libre Comercio de América del Norte)* (Mexico: SECOFI, 1994) 3 at 13.

² OECD, *Estudios Económicos de la OCDE: México*, (Paris: OECD, 1992) at 284.

³ José Córdoba, “Mexico” in John Williamson, ed, *The Political Economy of Policy Reform* (Washington: Institute for International Economics, 1994) 232 at 262.

⁴ Francisco Gil Villegas, “Las Relaciones México-Estados Unidos en 1988-1989: Del Conflicto a la Cordialidad Pragmática” in Lorenzo Meyer, ed, *México-Estados Unidos, 1988–1989* (Mexico, El Colegio de México, 1990) 125 at 125-29.

⁵ Trade and investment figures calculated by the authors based on M. Angeles Villarreal and Ian F. Fergusson, “The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)” (27 July 2020) at 7, online (pdf): *Congressional Research Service* <fas.org/sgp/crs/row/R44981.pdf>.

⁶ *Ibid* at 10.

and China trade.⁷ However, regional economic relations underwent one of the most complex and contentious phases in decades during and after the 2016 presidential elections in the United States, when Donald Trump labelled *NAFTA* as “perhaps the greatest disaster trade deal in the history of the world”⁸ and claimed it was an “unfair” agreement due to the United States’ trade deficit with Mexico, promising to renegotiate it or withdraw from it if the new agreement was unsatisfactory.⁹

Once in office, in April 2017, Trump was close to announcing the United States’ withdrawal from *NAFTA* without even attempting to renegotiate it.¹⁰ However, on May 18, U.S. Trade Representative Robert Lighthizer informed Congress that President Trump wanted to renegotiate the agreement. Mexico and Canada had no option: bilateral consultations between the United States and Canada, and then with Mexico, started just a few weeks after this announcement.¹¹

Compared to the original *NAFTA* negotiations, where Mexico had the initiative, in the renegotiations leading to *CUSMA*, Mexico and Canada were responding to a U.S. request. On 23 January 2017, Mexican President Enrique Peña Nieto (2012–2018) presented five principles and 10 objectives to guide the renegotiations. The five negotiating principles were: 1) national sovereignty (Mexico would defend its national interests, while recognizing the centrality of its relations with North America); 2) respect for the rule of law (which should be the basis of regional interaction); 3) constructive vision (a win-win focus, with novel and pragmatic solutions to regional issues); 4) deepening North American integration (considering that dynamism and competitiveness in the region depended on the three countries); and, 5) comprehensive negotiations (not only addressing trade and investment issues, but also immigration and security).¹²

The 10 negotiation objectives detailed the five principles set out above: 1) obtaining a commitment from the U.S. government to respect the rights of Mexican migrants; 2) guaranteeing that any deportation of undocumented Mexican migrants by

⁷ Christopher Wilson, “Growing Together: Economic Ties between the United States and Mexico: A Regional Manufacturing Platform” (October 2016) at 3, online (pdf): *Wilson Center*, <www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/growing_together_a_regional_manufacturing_platform.pdf>.

⁸ Meera Jagannathan, “Here Are All the Terrible Things President Trump Has Said about NAFTA— Before Deciding to Stick with It”, *New York Daily News* (27 April 2017), online: <www.nydailynews.com/news/politics/terrible-president-trump-nafta-article-1.3107104>.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Binyamin Appelbaum and Glenn Thrush, “Trump’s Day of Hardball and Confusion on Nafta”, *The New York Times*, (27 April 2017), online: <www.nytimes.com/2017/04/27/us/politics/trump-says-he-will-renegotiate-nafta-or-terminate-it.html>.

¹¹ The original intent was to modernize *NAFTA* through the Trans-Pacific Partnership (*TPP*), since the three North American countries participated in the negotiations. While negotiations concluded successfully near the end of the second Obama administration, Trump decided not to present the *TPP* for ratification by the U.S. House and Senate. The renamed Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (*CPTPP*) entered into force on 29 December 2018, with Canada and Mexico as members and the United States excluded.

¹² See (in Spanish): Presidencia de la República EPN, “5 Principios que guiarán la negociación con el gobierno de los EUA” (23 January 2017), online: *Gobierno de México* <www.gob.mx/epn/es/articulos/5-principios-que-guiaran-la-negociacion-con-el-gobierno-de-los-eua>.

the United States was carried out in an orderly and coordinated way; 3) working jointly with the U.S. government to promote the development of Central American countries to reduce irregular migration flows to the United States via Mexico; 4) ensuring the free flow of remittances from Mexicans in the United States, avoiding any taxes on them; 5) working with the U.S. government to stop the illegal flow of weapons and cash from illicit sources; 6) maintaining free trade between Canada, the United States and Mexico, free from all tariffs and quotas; 7) including new sectors, such as telecommunications, energy, and e-commerce, in the modernized agreement; 8) promoting better wages for Mexican workers; 9) protecting the free flow of foreign direct investment; and, 10) working together towards creating borders that unite rather than divide the countries.¹³

In the modernization of *NAFTA* into *CUSMA*, three strategies were employed: 1) updating (doing what should have been done during *NAFTA*'s operation); 2) upgrading (incorporating new issues); and 3) adjusting institutional design (having an agreement that evolves with future needs, as technology affects trade and investment). In this article we comparatively analyze the institutional design of *CUSMA* vis-à-vis *NAFTA*. We explore whether the updating, upgrading, and institutional design of T-MEC provides a better governance of free trade and investment in the region compared to *NAFTA*. To do so, we conduct an in-depth evaluation of both agreements. Our central argument is that there were both progress and reversals in several areas: for example, the strength and powers of dispute settlement mechanisms (DSMs), an improvement in the implementation of the working groups, changes in the flexibility or rigidity of its architecture depending on the sector analyzed, among many others discussed in detail in the article.

This article is comprised of three sections, each of them dealing with one of the three strategies (updating, upgrading, and adjusting the institutional design) under scrutiny. We present the empirical information to sustain our central argument in each of them. Finally, the conclusions present the central findings of the article and provide public policy recommendations to strengthen the governance of trade and investment in North America through *CUSMA*.

I. Updating *NAFTA* into *CUSMA*

There are several brief yet reliable comparisons of *CUSMA* with the original *NAFTA*, which included a series of commitments to improve the agreement and deepen regional economic cooperation.¹⁴ The *Trans-Pacific Partnership* (*TPP*) served as an

¹³ See (in Spanish): Secretaría de Economía, "10 Objetivos del Gobierno de la República en la negociación con EUA" (23 January 2017), online: *Gobierno de México* <www.gob.mx/se/articulos/10-objetivos-del-gobierno-de-la-republica-en-la-negociacion-con-eua-91974?idiom=es>.

¹⁴ Summaries of changes and an initial assessment are available at: Gary Hufbauer & Steven Globerman, "The United States—Mexico—Canada Agreement: Overview and Outlook" (November 2018), online (pdf): *Fraser Research Bulletin* <www.piie.com/system/files/documents/hufbauer201811-usmca.pdf>; Antonio Ortiz-Mena & Earl Anthony Wayne, "From NAFTA to the USMCA as Seen From the Southern Partnership" (2019) Winter 2019 Turkish Policy Q 25. Additional material is available at: "USMCA /

excellent starting point for both approaches. It was neither a floor nor a ceiling but a template, given the different tradeoffs in plurilateral versus regional negotiations. Some issues that were modernized using the *TPP* as reference point included services, government procurement, competition policy, labour and the environment, administrative and institutional provisions, dispute settlement, e-commerce, state-owned enterprises, cooperation and capacity building, small and medium-size enterprises, and regulatory coherence.

Our intent below is to review some *CUSMA* examples from *NAFTA* Chapters 3, 4, 7, 9, 10, 11, 15, 19 and 20, which required important upgrades.¹⁵

Under *NAFTA*'s Chapter 3, "Trade in Goods", Article 316(3), the three countries had to meet at least annually to address issues related to problems with the movement of goods across borders, while Article 317(2) provided for consultations on third-country dumping. Although trade disputes are inevitable in a relationship as intense as that in North America, concerns over unfair trade have many times been misdirected against its regional partners instead of large exporters from outside North America.¹⁶ Given that the North American countries not only trade with each other, but also increasingly produce jointly, it might be better to gradually treat the region as a single market and focus on competition policy to address market distortions, instead of using and occasionally abusing anti-dumping and countervailing duties to deal with

NAFTA", online: *Peterson Institute for International Economics* <www.piie.com/research/trade-investment/usmca-nafta>.

¹⁵ One of the most contentious issues regarding the *NAFTA* to *CUSMA* changes involves energy. *NAFTA* Chapter 6 (Energy and Basic Petrochemicals) is sometimes mistaken with *CUSMA* Chapter 8 (Recognition of the United Mexican States' Direct, Inalienable, and Imprescriptible Ownership of Hydrocarbons). In fact, energy liberalization by Mexico was grandfathered under *CUSMA* Article 32:11. See Antonio Ortiz Mena, "Punto de Inflexión en las Relaciones Económicas" in Hazel Blackmore and Olga Pellicer, eds, *Relaciones México Estados Unidos en 2021: ¿un punto de transición?* (Mexico: ITAM, 2021), online: *Foreign Affairs Latinoamérica* <<https://revistafal.com/relaciones-mexico-estados-unidos-en-2021-un-punto-de-transicion/>>. In addition, the scope and coverage of *NAFTA* commitments regarding trade in services, financial services and telecommunications was significantly modernized and further liberalized. The scope and coverage of *NAFTA* on financial services and telecommunications was very limited, largely because Mexico was in the process of privatizing its banks and its public telephone monopoly (TELMEX). For political and historical reasons, Mexico also decided to leave energy largely out of *NAFTA* negotiations (see Ortiz-Mena 2006). Since *NAFTA* was signed, Mexican banks have been privatized, and reforms to further liberalize the financial services, telecommunications and energy sectors have been incorporated into the Mexican Constitution. A good summary of *CUSMA* services provisions is available at: Global Affairs Canada, *A new Canada-United States-Mexico Agreement*, online: *Government of Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/index.aspx?lang=eng> (see agreement fact sheets).

¹⁶ For example, although the three North American countries worked together at the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) on steel issues affecting them, including both regional production and imports from outside the region ("Steel", online: *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/issue-areas/industry-manufacturing/industry-initiatives/steel>), an investigation under Section 232 of the 1962 Trade Expansion Act generated uncertainty for aluminum and steel producers in Canada and Mexico. Canadian and Mexican producers have also been the object of numerous antidumping/countervailing duties investigations on a wide variety of steel products, and Mexican cement and cement clinker producers faced a barrage of antidumping actions for years. Although it was not the case when *NAFTA* entered into force, China is now the world's top steel and cement producer.

intra-regional trade disputes. It would also be useful to strengthen cooperation against unfair trade practices from outside the region. This would provide greater certainty for intraregional trade and investment, as well as the strengthening of regional supply chains, while protecting against extra-regional unfair trade practices.

Chapter 4, on “Rules of Origin”, was one of the main topics of the renegotiation. The objective was to set them at the right level, avoiding being so low to generate few incentives to invest in the region, or too high so existing supply chains were disrupted, and companies prefer to trade under the World Trade Organization (WTO) rules and pay most favoured nation (MFN) tariffs, bypassing *CUSMA*’s rules of origin and preferences. Though striking the right balance is technically difficult to determine and politically difficult to achieve, given the power of vested interests, preliminary research suggests that, at least for the automotive industry, *CUSMA*’s rules of origin may be too high and complex, generating unnecessary costs for producers and consumers in the region.¹⁷

Some of the most intractable disputes in the region have been over agricultural trade (*NAFTA* Chapter 7): tomatoes and sugar between Mexico and the United States; dairy and wheat between the United States and Canada. The Advisory Committee on Private Commercial Disputes regarding Agricultural Goods was to play an active role in fostering greater technical cooperation on sanitary and phytosanitary issues and facilitating dialogue to resolve agricultural disputes. However, in reality, it fell far short of that goal as ongoing disputes patently show.

Regarding Chapter 9, “Standards-Related Measures”, greater cooperation on standards, with a view to mutual recognition at a minimum and harmonization where possible was the goal, with representatives from states and provinces to participate in such deliberations. More than two decades of *NAFTA*’s entry into force, nontariff barriers and especially standards still imposed significant transaction costs on intraregional trade and investment, and little if any inroads were achieved in reducing subnational trade and investment barriers.¹⁸

In terms of government procurement (*NAFTA* Chapter 10), gaining access to subnational procurement would have been beneficial for regional providers of goods

¹⁷ William Powers and Ricky Ubee, “A Comprehensive Comparison of Rules of Origin in U.S. Trade Agreements” (2020) U.S. International Trade Commission Working Paper No 2020-05-D at 15, online (pdf): *U.S. International Trade Commission* <www.usitc.gov/publications/332/working_papers/powers_ubeecomprehensive_analysis_of_us_roo_2020-05-20_compliant.pdf>; Daniel Chiquiar et al, “Mexico’s Higher Costs Under USMCA May Potentially Offset Gains from China-Related Trade Spurt with U.S.” (2020), online: *Federal Reserve Bank of Dallas* <www.dallasfed.org/research/swe/2020/swe2001/swe2001b.aspx>.

¹⁸ The World Trade Organization (WTO) trade policy reviews of Canada, Mexico and the United States provide detailed information on nontariff barriers. See WTO, Secretariat, *Trade Policy Review – Canada* (17 April 2019), WTO Doc WT/TPR/S/389, online (pdf): WTO <https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/s389_e.pdf> for Canada; WTO, Secretariat, *Trade Policy Review – Mexico* (15 February 2017), WTO Doc WT/TPR/S/352, online (pdf): WTO <www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/s352_e.pdf> for Mexico; WTO, Secretariat, *Trade Policy Review – United States* (12 November 2018), WTO Doc WT/TPR/S/382, online (pdf): WTO <https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/s382_e.pdf> for the United States.

and services, especially small businesses; granting subnational access to North American companies would provide new business opportunities for these companies and increase transparency, which would help combat corruption at the subnational level. Even if the *Buy American* Provisions of the 2009 *American Recovery and Reinvestment Act* included exceptions for *NAFTA*,¹⁹ complex regulations still represented significant barriers to access to certain tenders, while small business procurement programs had meager advances, and many subnational barriers remained. The goals of Chapter 10 were never fully achieved; public procurement by subnational governments was never dealt with seriously. *CUSMA* improved access for small businesses, creating more employment opportunities, but subnational barriers to procurement remain. Also, on January 25, President Biden issued an executive degree to foster U.S. government purchases of U.S. goods and services and provided no exceptions or preferences for its *CUSMA* partners.²⁰

In competition policy, *NAFTA* Chapter 15 served as a template for *CUSMA*. As intra-industry and intra-firm trade increased in the region, the three countries should have gradually focused more on competition policy to deal with trade distortions, instead of antidumping/countervailing duty measures, perhaps moving gradually toward a common external tariff (CET) in highly integrated industries, but that was not the case.²¹ Article 1504 established a Working Group on Trade and Competition to address issues regarding the link between competition laws and trade in the region, but was a missed opportunity.

Dispute settlement was covered in Chapter 11, Section B, “Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party”, Chapter 19, “Review and Dispute Settlement in Antidumping/Countervailing Duty Matters”, and Chapter 20 “Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures,” in addition to specialized procedures for labour and environmental disputes. Rules on investor-State disputes (ISDS) became one of the most contentious issues under *NAFTA*²² and the Trump administration wanted to eliminate or significantly weaken protections, seeing them as an unfair incentive to outsource production from the United States into lower-cost Mexico. A compromise solution was reached by retaining ISDS but limiting its scope to extractive industries and infrastructure, doing away with it for Canada-U.S. investment

¹⁹ See “Buy American Provisions in the American Recovery and Reinvestment Act (ARRA)” (3 April 2009), online (pdf): *National Conference of State Legislatures* <www.ncsl.org/print/statefed/BuyAmericanGuidanceSummary.pdf> and Canada, Trade Commissioner Service, “The Buy American Act and Buy America Provisions”, online: *Trade Commissioner Service* <trade commissioner.gc.ca/sell2usgov-vendreaugouusa/procurement-marches/buyamerica.aspx?lang=eng>.

²⁰ The White House, Briefing Room—Presidential Actions, “Executive Order on Ensuring the Future Is Made in All of America by All of America’s Workers” (25 January 2021), online: *The White House* <www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/25/executive-order-on-ensuring-the-future-is-made-in-all-of-america-by-all-of-americas-workers/>.

²¹ For a recent discussion of intra-industry and intra-firm trade in North America, see Christopher Wilson, “Growing Together: Economic Ties between the United States and Mexico” (March 2017), online (pdf): *Wilson Center—Mexico Institute* <www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/growing_together_economic_ties_between_the_united_states_and_mexico.pdf>.

²² Public Citizen, “Ending the corporate power grab of Investor-State Dispute Settlement”, online: *Public Citizen* <www.citizen.org/article/more-information-on-investor-state-dispute-settlement/>.

disputes, and retaining an additional ISDS mechanism for Canada-Mexico disputes via the *Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership CPTPP*.²³ Thus, there are three sets of rules governing ISDS in North America, which creates unnecessary complexity and uncertainty, and hinders a North American investment strategy for corporations.

Some U.S. congressional leaders called for the elimination of Chapter 19,²⁴ on “Review and Dispute Settlement in Antidumping and Countervailing Duty Matters”, but for Canada, its elimination was a deal breaker, and it was retained. This provides a unique advantage for Canada and Mexico, for the U.S. has not granted equivalent rights to other countries.

NAFTA’s Chapter 20, on “Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures”, was almost left with a critical design flaw which allowed any of the three parties to block the establishment of a panel. The inter-state dispute settlement mechanism in *NAFTA*, over interpretation and application of the agreement, did not function well in part because of difficulties in panellist selection.²⁵ In *CUSMA*, the problem was fixed with the new *CPTPP* template, placing greater emphasis on consultations, good offices, conciliation, mediation, and alternative dispute resolution over arbitration, and avoiding the ability to block the establishment of a panel. It is in all three countries’ interest to ensure prompt and effective redress and to forestall potentially frivolous actions. The *CUSMA* text that was signed in November 2018 did not include the fix,²⁶ and it was only under the *Protocol of Amendment to the CUSMA* that the issue was resolved. Now, it is no longer possible for Canada, Mexico, or the United States to block the establishment of a panel regarding the interpretation or application of the agreement by refusing to accept specific panellists.²⁷

In the areas of labour and the environment, *NAFTA*’s side agreements were cutting edge when they were signed, but they had been frozen in time. Since the *status quo* was unsustainable, not only for the United States but also for more vibrant Mexican and Canadian civil societies, Mexico undertook a constitutional reform to make labour laws more flexible and democratizing union representation and labour dispute resolutions.²⁸ The *CPTPP* template was as inspiration used for both labour and the

²³ Antonio Ortiz-Mena and Earl Anthony Wayne, *supra* note 14.

²⁴ See, for example, U.S., Senate Committee on Finance, *Wyden Statement on NAFTA Renegotiation Notice* (18 May 2017), online: *United States Senate Committee on Finance* <www.finance.senate.gov/ranking-members-news/wyden-statement-on-nafta-renegotiation-notice>.

²⁵ Gary C. Hufbauer and Jeffrey J. Schott, “NAFTA Revisited” (1 October 2007), online: *Peterson Institute for International Economics* <www.piie.com/commentary/speeches-papers/nafta-revisited>.

²⁶ Bill Chappell, “USMCA: Trump Signs New Trade Agreement With Mexico And Canada To Replace NAFTA”, *npr* (30 November 2018), online: <www.npr.org/2018/11/30/672150010/usmca-trump-signs-new-trade-agreement-with-mexico-and-canada>.

²⁷ Office of the United States Trade Representative, “Protocol of Amendment to the United States-Mexico-Canada Agreement” at 9–12, online (pdf): *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Protocol-of-Amendments-to-the-United-States-Mexico-Canada-Agreement.pdf>.

²⁸ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Reforma en materia de Justicia Laboral” (27 June 2017), online: *Gobierno de México* <www.gob.mx/stps/documentos/reforma-en-materia-de-justicia-laboral?idiom=es>.

environment. The aim was to increase the range and depth of labour and environmental commitments without opening the door to unwarranted new trade barriers.²⁹ In addition, some Mexican companies were concerned about unfair competition if U.S. environmental regulations became increasingly lax under the Trump administration, generating unfair competition. The Trump administration did reverse commitments on carbon emission reductions required by the Obama administration's *Clean Power Plan* and withdrew the U.S. from the *Paris Agreement on Climate Change*. In contrast, the Peña Nieto administration stated its commitment to the *Paris Agreement* and to continued implementation of its *Intended Nationally Determined Contributions* (INDC) and its *National Climate Change Strategy*. It is not clear if the López Obrador (2018–2024) will maintain this commitment.

Under the *CUSMA*, labour and environmental disputes are brought under the purview of this general DSM, instead of retaining their own very weak provisions, and for labour disputes an additional expedited DSM process was established.³⁰ While having more ambitious environmental commitments, *CUSMA* was a missed opportunity given Trump's climate skepticism agenda. Having enforceable environmental and labour commitments is a positive development, for *CUSMA* will be more shielded than *NAFTA* was against criticism of a "race to the bottom" in labour and environmental standards. Regarding labour, only time will tell if the novel expedited labour DSM is correctly used or abused, given the incentive for disgruntled unions or business competitors to file anonymous complaints via a U.S. Department of Labor hotline.³¹ In addition, the expedited mechanism will not apply for U.S.-Canada labour disputes.

II. How *CUSMA* upgraded *NAFTA*

While updating *NAFTA* entailed bringing it up to date with topics that had been originally covered, upgrading meant the inclusion of new topics, something that was badly needed as the original negotiations concluded in 1993, when trade in services were not so relevant and the fourth industrial revolution was difficult to foresee.³²

E-commerce was a new issue included in *CUSMA*, and the negotiations focused on the digital economy entirely, not only on e-commerce (*CUSMA* Chapter 19). Commitments on regulatory cooperation on norms affecting e-commerce are a more effective way to deal with nontariff barriers in this area. Also, creating new trade and investment opportunities for small and medium-size enterprises in North America (*CUSMA* Chapter 25) can have a positive effect on employment and garner greater

²⁹ One issue that could remain controversial is an insistence on specific wage levels in Mexico, devoid of any links to productivity increases.

³⁰ "United States—Mexico—Canada Trade Fact Sheet—Modernizing NAFTA into a 21st-century Trade Agreement", online: *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/fact-sheets/modernizing>.

³¹ Bureau of International Labor Affairs, "USMCA Web-Based Hotline", online: *U.S. Department of Labor* <www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/labor-rights-usmca/hotline>.

³² Klaus Schwab, "The Fourth Industrial Revolution: What it Means, How to Respond" (14 January 2016), online: *World Economic Forum* <www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>.

political support for the agreement going forward.³³ It also creates more stakeholders with an interest in maintaining a constructive economic agenda between Canada, Mexico and the United States.

On administrative issues, regulatory coherence was covered in *NAFTA*, but only to a limited extent; most political capital was spent on negotiations over tariffs and rules of origin. The deep integration that now exists in North America translates into high opportunity costs from inconsistent or incompatible regulations. Both Mexico and the United States have recognized it. In 2010, they launched the High-Level Regulatory Cooperation Council, and in 2013, they established the High-Level Economic Dialogue, which included regulatory cooperation. Advances have been modest, however. In *CUSMA* Chapter 28 (Good Regulatory Practices), there are more ambitious and specific commitments on regulatory coherence.

The three countries also worked on stronger commitments on transparency and anticorruption in *CUSMA*'s Chapter 27. The Mexican Competitiveness Council (IMCO), one of the leading think tanks in Mexico, has made fighting corruption and promoting transparency the thrust of its work on competitiveness.³⁴

In short, starting from a premise of no new tariffs or quotas, *CUSMA* increased the certainty of access to the three national markets with updated rules on pre-existing coverage while including new issues, including digital trade, SMEs, competitiveness, anticorruption, and good regulatory practice, among others. *CUSMA* is both an upgrade and an update of *NAFTA*.

III. The Evolution of *NAFTA*'s institutional Design into *CUSMA*

NAFTA was a quarter-century old when its renegotiation started. Even its strongest supporters recognized that it was dated and due for an upgrade.³⁵ Two possible ways to modernize *NAFTA* were not fully used. The first was using provisions in *NAFTA* to deepen commitments and further cooperation (as described in the section on updating *NAFTA*). That channel would have addressed some challenges, but the changes would have been relatively modest. The second was using the *TPP* to modernize *NAFTA*. That channel closed when the Trump administration decided not to submit the *TPP* for legislative ratification.

³³ The three North American governments committed to review *CUSMA* every six years, and to comply with a 16-year so-called sunset clause whereby the agreement would terminate after 16 years unless the parties agree otherwise. See *Canada-United States-Mexico Agreement*, Canada, United States and Mexico, 30 November 2018, art 34.7 (entered into force 1 July 2020).

³⁴ See, for example, Juan E. Pardini, "Impunidad, corrupción y competitividad", in Instituto Mexicano para la Competitividad A.C., *La corrupción en México: Transamos y no avanzamos*, (Mexico: IMCO, 2015) 15, online: *IMCO* <imco.org.mx/indices/la-corrupcion-en-mexico/capitulos/analisis/impunidad-corrupcion-y-competitividad>.

³⁵ Andrew Chatzky, James McBride & Mohammed Aly Sergie, "NAFTA and the USMCA: Weighing the Impact of North American Trade" (1 July 2020), online: *Council on Foreign Relations* <www.cfr.org/backgrounder/naftas-economic-impact>.

The negotiations of *CUSMA* were a third way to modernize *NAFTA* to take advantage of the convergence of physical, biological and digital technologies, which some have labelled the “fourth industrial revolution”.³⁶ The McKinsey Global Institute identified 12 technologies that could change production and trade and include the mobile Internet, the automation of knowledge work, the Internet of things, the cloud, advanced robotics, autonomous vehicles, genomics, energy storage, 3-D printing, advanced materials, advanced oil and gas exploration and recovery, and renewable energy.³⁷ No one knows how the North American economy will look a quarter-century from now, but it is a safe bet that the transformation will be greater than the one that took place during the past quarter-century. Unless *CUSMA* is more flexible than *NAFTA*, many provisions could become obsolete. The *TPP* did not fully consider the potential of vertiginous technological change and *CUSMA* offered a second opportunity to do so.

The main objective of *CUSMA* is the same as in *NAFTA*: to create a set of stable, predictable, and clear rules on trade, investment, and related issues to foster greater economic interaction and prosperity in North America. This sounds simple enough, but aside from the sheer number and complexity of issues involved in a modern trade agreement,³⁸ there remains the question about how the agreement should evolve considering technological, economic, regional, or global political geopolitical circumstances.

If an agreement is, to use a well-worn expression “set in stone”, then it may be too rigid to accommodate necessary upgrades. *NAFTA* was a case in point, and the amount of political capital spent within each country and then between the three countries on upgrading it through the *CPTPP* and, once the Trump administration decided not to submit it to ratification, via the *CUSMA*, was enormous. There is no appetite to go through that painful process again. At the other extreme, if an agreement is “writ in water”³⁹ and evanescent, it will not create enough predictability and stability of rules to foster regional trade and investment, especially in fixed assets.⁴⁰ It is difficult to determine the right balance, and perhaps more so to achieve it.

As we mentioned, *NAFTA* did have several commitments for upgrade, many of which came to naught. Specifically, it also established about twenty working groups and committees to assist in the implementation, functioning and updating of the agreement.

³⁶ Doug Gates and Michael Bremicker, “Beyond the Hype: Separating Ambition from Reality in i4.0” (2017) at 2, online (pdf): *KPMG International* <assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/05/beyond-the-hype-separating-ambition-from-reality-in-i4.0.pdf>.

³⁷ James Manyika et al., “Disruptive Technologies: Advances that Will Transform Life, Business, and the Global Economy” (1 May 2013), online: *McKinsey Global Institute* <www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/disruptive-technologies>.

³⁸ *NAFTA* has 22 chapters and two so-called side agreements on labour and the environmental, whereas *CUSMA* has 34 chapters and 16 side letters, in addition to a protocol amending *CUSMA*.

³⁹ Ian Reynolds, “The Gravestone of John Keats: Romancing the Stone” (16 April 2018), online: *Wordsworth* <wordsworth.org.uk/blog/2018/04/16/the-gravestone-of-john-keats-romancing-the-stone/>.

⁴⁰ Antonio Ortiz Mena L. N., *The Politics of Institutional Choice International Trade and Dispute Settlement Mechanisms* (International Law, University of California, 2001) [unpublished].

Information on which *NAFTA* working groups and committees were in fact established, how frequently they met and their performance is hard to come by, at least by what was available at the *NAFTA* Secretariat website and via the new *CUSMA* Secretariat website.⁴¹ The OAS's Foreign Trade Information System has *NAFTA Free Trade Commission Joint Statements* and related information with references to the working groups for 1997, 1998, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2009, 2011 and 2012⁴². This can indicate that either there were no Free Trade Commission or Working Groups meetings in 1994, 1996, 2000, 2008, 2010 and from 2013 to 2020, which seems unlikely, or that the information has not been made easily available to the public.

A review of several joint statements shows that, based on frequency of reference, the most active working group was that on rules or origin, followed by those on investment, textiles, trade in goods, steel, steel, textiles, private commercial disputes, temporary entry of businesspersons, SMEs, and labour and environmental issues. Except for rules or origin changes, there is scant detail on the specific recommendations, actions and effectiveness thereof of the meetings carried out by other working groups.

It is interesting to note that the 2007 *Joint Statement* mentions a commitment to promote a work plan for North American competitiveness, and revisit and strengthen the working group work programs, while the 2009 statement calls for a strengthening of institutions, communication and transparency, and to establishing a Working Group on Communication and Outreach⁴³. In the *CUSMA*, the number of working groups and committees increased, covering more than half of its chapters. This is probably the best way to guarantee that the agreement can evolve with changing realities in the region, constantly updating it not through renegotiations requiring legislative approval, but through the consultations and cooperation within these working groups. However, to do so, they must meet regularly and establish institutionalized mechanisms to update, upgrade, and adjust *CUSMA*'s institutional design to reflect the evolving reality in North America's integrated supply chains, lest the agreement becomes obsolete in several areas despite the flexibility awarded by the working groups.

The three North American countries committed to review *CUSMA* every six years, and to comply with a 16-year so-called sunset clause whereby the agreement would terminate after 16 years unless the parties agree otherwise. This novel mechanism will hopefully avoid administration of the agreement to go into "auto pilot", as happened on occasion during *NAFTA*, and especially to have

⁴¹ "The Secretariat", online: *The Secretariat Canada-Mexico-United States* <can-mex-usa-sec.org/secretariat/index.aspx?lang=eng>.

⁴² "Canada-Mexico-United States (NAFTA)" (last visited 14 July 2021), online: *OAS SICE Foreign Trade Information System* <www.sice.oas.org/tpd/nafta/nafta_e.asp>.

⁴³ NAFTA Commission, "Joint Statement" (14 August 2007), online (pdf): *OAS SICE Foreign Trade Information System* <www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/2007meeting_e.pdf>; NAFTA Commission, "Joint Statement" (28 October 2009), online (pdf): *OAS SICE Foreign Trade Information System* <www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/2009meeting_e.pdf>.

something to show for in terms of working group and committee achievements at the first six-year review.⁴⁴

* * *

As we argued in this article, three strategies were employed in the modernization of *NAFTA* into *CUSMA*: updating, upgrading, and adjusting its institutional design. We explored whether these strategies have provided a better governance of free trade and investment in North America in three issue areas: DSMs, working groups and institutional architecture. After an in-depth evaluation of *NAFTA* and *CUSMA*, we found that there were both progress and reversals in DSMs, an improvement in working groups and variable changes in the flexibility or rigidity of its architecture depending on the sector.

As we discussed in this article, the issues covered by the agreement are numerous and complex: it changed from the 22 *NAFTA* chapters to the 34 of the *CUSMA*, with its Amending Protocol, annexes, and parallel letters. However, some issues have not received the same degree of attention as labour issues and rules of origin; the *CUSMA* working groups and Chapter 26 on competitiveness are a case in point.

NAFTA contained some twenty working groups and committees on issues as diverse as trade in goods, rules of origin, customs procedures, agriculture, temporary entry of businessperson and government procurement, among others. These working groups and committees were not always fully exploited; for example, there was an Advisory Committee on Private Trade Disputes on Agricultural Products that should have proposed recommendations for effective solutions to agricultural disputes, but after a quarter-century of operation, agricultural disputes between North American countries were as high as at the beginning; the Working Group on Temporary Entry was also going to look for ways to make it easier for businesspeople to move freely in the region, but the temporary entry agreement remained somewhat frozen over time in terms of the professions and activities covered.

The lack of adequate use was not because of the poor design of *NAFTA* but because these working groups were not used. Fortunately, the *CUSMA* has working groups and committees in many of its 34 chapters, and some of them offer the opportunity for civil society to contribute its knowledge and recommendations. Some of the topics covered are agriculture, textiles, customs, transport, telecommunications, financial services, SMEs, and competitiveness.

Given the severe recession facing North America, aggravated by the COVID-19 pandemic (at the time of writing, the U.S. is the country with the highest

⁴⁴ Canada-United States-Mexico Agreement. *supra* note 33.

absolute number of deaths, and Mexico the third),⁴⁵ the region's competitiveness will need to be strengthened to attract as much investment as possible, and seek a rapid recovery in economic growth and employment in the region.

How could the North American Competitiveness Committee be used to attract investment to the region? Firstly, endeavouring that the Committee should meet, virtually, as soon as possible, and not wait for the whole year provided by the *CUSMA* to take place. Second, the *CUSMA* allows the Committee to seek advice, consider the work of experts and establish a mechanism for interested persons to present their ideas to improve *competitiveness*. It can therefore seek opinions and recommendations from civil society; it is not a question of governments having all the answers. The private sector and civil society can and must seize the opportunity for participation offered by the *CUSMA* committees and working groups, not only in competitiveness but in all the issues they cover.

⁴⁵ Coronavirus Resource Centre, "Global Map", online: *John Hopkins University & Medicine* <coronavirus.jhu.edu/map.html>.

L'ACÉUM : UN RÉVÉLATEUR DE LA VRAIE NATURE DU PROCESSUS D'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE EN AMÉRIQUE DU NORD

*Richard Ouellet**

L'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM) remplace l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Ses règles de base et sa structure reprennent assez largement celles de son prédécesseur. Mais l'ACÉUM a été négocié dans un contexte et un esprit radicalement différents de ceux qui prévalaient à l'époque de la négociation de l'ALÉNA. Le texte de l'ACÉUM n'est ni une réécriture ni une modification de l'ALÉNA. Le texte de l'ACÉUM est un fidèle reflet de la véritable nature et des caractéristiques de la zone d'intégration économique nord-américaine. Les parties y assument et y explicitent des réalités que l'ALÉNA ne nommait pas. Trois de ces caractéristiques sont étudiées ici, à chaque fois à partir de plusieurs exemples. D'abord, les relations commerciales entre le Canada, les États-Unis et le Mexique sont foncièrement asymétriques. L'ACÉUM gère au fond trois relations bilatérales. Les asymétries les plus importantes sont en matière de marchés publics et de règlement des différends investisseur-État. Deuxièmement, les relations commerciales entre le Canada, les États-Unis et le Mexique sont vibrantes et sont constamment en changement. Ces relations ne sauraient être figées dans des règles immuables comme on a tenté de la faire dans l'ALÉNA. L'ACÉUM prévoit à son article 34.7 une révision périodique de ses termes. Enfin, la zone d'intégration nord-américaine est de plus en plus repliée sur elle-même. Les règles applicables au secteur automobile et l'article 32.10 en sont sans doute les meilleures illustrations. Ce repli est sans doute conjoncturel et largement dû aux tensions commerciales entre la Chine et les États-Unis.

The Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA) replaces the North American Free Trade Agreement (NAFTA). Its basic rules and structure largely mirror those of its predecessor. But CUSMA was negotiated in a context and a spirit radically different from those that prevailed at the time of the negotiation of NAFTA. The text of CUSMA is neither a rewrite nor an amendment of NAFTA. The text of CUSMA is a faithful reflection of the true nature and characteristics of the North American economic integration zone. The parties assume and explain their realities that NAFTA did not name. Three of these characteristics are studied here, each time based on several examples. First, trade relations between Canada, the United States and Mexico are fundamentally asymmetrical. CUSMA basically manages three bilateral relationships. The most significant asymmetries are in government procurement and investor-state dispute settlement. Second, the trade relationship between Canada, the United States and Mexico is vibrant and constantly changing. These relations cannot be fixed in immutable rules as we tried to do in NAFTA. CUSMA provides in its article 34.7 for a periodic review of its terms. Finally, the North American integration zone is increasingly turned in on itself. The rules applicable to the automobile sector and article 32.10 are undoubtedly the best illustrations of this. This decline is undoubtedly cyclical and largely due to trade tensions between China and the United States.

El Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC) reemplaza al Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN). Sus reglas y estructura básicas reflejan en gran medida las de su predecesor. Pero el TLCAN se negoció en un contexto y un espíritu radicalmente diferentes a los que prevalecían en el momento de la negociación del TLCAN. El texto del T-MEC no es ni una reescritura ni una enmienda del TLCAN. El texto del TLCAN es un fiel reflejo de la verdadera naturaleza y características de la zona de integración económica de América del Norte. Las partes asumen y explican allí realidades que el TLCAN no nombró. Tres de estas características se estudian aquí, cada vez con base en varios ejemplos. Primero, las relaciones comerciales entre Canadá, Estados Unidos y México son fundamentalmente asimétricas. El T-MEC maneja básicamente tres relaciones bilaterales. Las asimetrías más significativas se encuentran en la contratación pública y la solución de controversias entre inversores y Estados. Segundo, la relación comercial entre Canadá, Estados Unidos y México es vibrante y cambia constantemente. Estas relaciones no pueden fijarse

* Professeur titulaire de droit international économique, Faculté de droit et École supérieure d'études internationales, Directeur du Centre d'études pluridisciplinaires en commerce et investissements internationaux, Université Laval.

en reglas inmutables como tratamos de hacer en el *TLCAN*. El *T-MEC* prevé en su artículo 34.7 una revisión periódica de sus términos. Finalmente, la zona de integración norteamericana está cada vez más replegada sobre sí misma. Las normas aplicables al sector automotriz y el artículo 32.10 son, sin duda, los mejores ejemplos de ello. Esta caída es sin duda cíclica y se debe en gran medida a las tensiones comerciales entre China y Estados Unidos.

Il n'est pas rare que l'on parle de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (*ACÉUM*)¹ comme du « nouvel *ALÉNA*² » ou de l'« *ALÉNA 2.0* »³. Si cette appellation fournit une référence rapide et évocatrice, elle constitue un raccourci trompeur. Il est vrai que l'*ACÉUM* remplace l'*ALÉNA*⁴ et que ses règles de base et sa structure reprennent assez largement celles de son prédécesseur. Mais là s'arrêtent les liens de parenté entre l'*ALÉNA* et l'*ACÉUM*.

On ne saurait trop insister sur le fait que le texte de l'*ACÉUM* n'est pas une réécriture ni une modification de l'*ALÉNA*. Sauf pour quelques articles dont le libellé est classique et d'un usage quasi uniforme dans les accords d'intégration économique, sauf aussi pour les dispositions clés dont on a voulu s'assurer que leur sens ne serait pas modifié, les libellés qu'on trouve dans l'*ALÉNA* n'ont pas servi de base à la rédaction de l'*ACÉUM*.

L'*ACÉUM* a été négocié dans un contexte et un esprit radicalement différents de ceux qui prévalaient à l'époque de la négociation de l'*ALÉNA*.

La première moitié de la décennie 1990 annonce les années fastes du libre-échange. Les grandes nations commerçantes s'efforcent alors de relancer et de stabiliser l'économie mondiale par des accords qui apportent ouverture et prévisibilité pour les échanges commerciaux. Les négociations du Cycle d'Uruguay commencées en 1986 débloquent. Elles mènent, à la fin de 1993, au consensus qui permettra la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) le 1^{er} janvier 1995. En Amérique du Nord, le Canada, les États-Unis et le Mexique instaurent la plus grande zone d'intégration économique régionale de l'époque. Avec l'*ALÉNA* dont plusieurs mécanismes et dispositions sont innovants, ils créent un modèle⁵ qui inspirera fortement une trentaine d'autres accords commerciaux régionaux (ACR) qui seront signés du milieu des années 1990 jusqu'au milieu de la décennie 2000. La négociation et l'entrée

¹ *Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*ACÉUM*].

² *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

³ Voir Gilbert Gagné et Michèle Rioux, dir, *NAFTA 2.0 : From the First NAFTA to the United States-Mexico-Canada Agreement*, Palgrave Macmillan, 2022; Voir aussi David A. Gantz, *An Introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement—Understanding the New NAFTA*, Northampton USA, Edward Elgar Publishing, 2020, à la p 1; L'expression NAFTA 2.0 est aussi usitée dans plusieurs des notes de recherche et rapports publiés par le *Center for International Governance Innovation* (CIGI). Leslie Alan Glick parle quant à lui d'un « modernized NAFTA » dans *The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) — Legal and Business Implications*, Wolters Kluwer, 2020, à la p 2.

⁴ *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5, (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020), art 1.

⁵ Dès 1994, Jon R. Johnson parle du « NAFTA Model » dans *The North American Free Trade Agreement: A Comprehensive Guide*, Aurora, Canada Law Book, 1994 aux pp 556 et ss. L'expression est restée. Voir notamment Ivan Bernier et Martin Roy, « NAFTA and Mercosur : Two Competing Models ? » dans Gordon Mace et Louis Bélanger, dir, *The Americas in Transition — The Contours of Regionalism*, London, Lynne Rienner Publishers, 1999; Voir aussi Dorval Brunelle, dir, *L'ALÉNA à 20 ans : Un accord en sursis, un modèle en essor*, Montréal, Éditions IEIM, 2014.

en vigueur de l'ALÉNA soulèvent, pendant les premières années d'application, de grands espoirs quant à l'intégration économique nord-américaine⁶.

Tout à l'opposé, la négociation de l'ACÉUM est forcée par une administration étasunienne dont le représentant au commerce, Robert Lighthizer, est connu pour ses positions mercantilistes et protectionnistes. La menace du président Trump de retirer les États-Unis de l'ALÉNA⁷ si « le pire accord de commerce de l'Histoire »⁸ n'est pas renégocié entraîne le Canada et le Mexique dans des pourparlers qu'ils ne souhaitent pas. La réouverture des termes du libre-échange en Amérique du Nord s'amorce à l'automne 2017 dans un contexte qui n'a rien de propice à l'ouverture et à l'intégration des marchés. Huit mois plus tôt, en janvier 2017, les États-Unis se sont retirés des négociations devant mener au *Partenariat transpacifique global et progressiste*. Une guerre tarifaire entre les États-Unis et la Chine couve alors. Déjà, les tensions sont vives sur les marchés internationaux au sujet du commerce de l'acier et de l'aluminium. Sans compter la crise de l'Organe d'appel à l'OMC, largement provoquée par les États-Unis, qui entre dans une phase critique et qui mènera en décembre 2019 à l'impossibilité pour les Membres de l'OMC de porter efficacement une affaire en appel.

L'ALÉNA et l'ACÉUM constituent tous deux des cadres par lesquels le Canada, les États-Unis et le Mexique ont régi et régissent encore leurs relations commerciales. Mais ces deux accords ont été construits sur des objectifs différents et d'après des visions assez divergentes quant aux vertus de la libéralisation des marchés. Si le premier est, à n'en pas douter, un accord de libre-échange qui vise à créer un marché nord-américain destiné à croître ; le second est plutôt ce qu'il est convenu d'appeler un accord de « commerce géré »⁹ dont l'approche régionaliste et surtout mercantiliste est évidente. Quand le préambule de l'ALÉNA parle de

« CONTRIBUER au développement et à l'essor harmonieux du commerce mondial ainsi qu'à l'expansion de la coopération internationale (...) DE

⁶ Voir Charles F. Bonser, dir, *Toward a North American Common Market — Problems and Prospects for a New Economic Community*, Oxford, Westview Press, 1991; Voir aussi Robert A. Pastor, *Toward a North American Community — Lessons from the Old World for the New*, Washington, Institute for International Economics, 2001; Voir aussi Bill Dymond et Michael Hart, *Policy Implications of a Canada-US Customs Union*, Ottawa, Policy Research Initiative, 2005.

⁷ Un tel retrait était possible, moyennant un préavis de six mois, en vertu de l'article 2205 de l'ALÉNA.

⁸ Le 26 septembre 2016, Donald Trump, alors candidat du parti républicain à la présidence des États-Unis, déclarait dans le cadre d'un débat avec la candidate démocrate Hillary Clinton que « *NAFTA is the worst trade deal maybe ever signed anywhere* », en ligne : <<https://www.bloomberg.com/news/videos/2016-09-27/trump-nafta-is-worst-trade-deal-ever-signed>>. Il a repris sensiblement la même expression le 8 juillet 2020, à l'occasion d'une séance de signature avec le Président mexicain, en ligne : <<https://globalnews.ca/video/7155020/trump-says-nafta-one-of-the-worst-trade-deals-ever-while-signing-usmca-with-mexican-president>>.

⁹ Un accord de commerce géré ou de « *managed trade* » est un accord par lequel les gouvernements Parties tentent de fixer et de contrôler les principaux flux de commerce entre eux plutôt que de laisser le libre marché dicter ces flux. David A. Gantz, *supra* note 3, n'hésite pas non plus à qualifier l'ACÉUM d'accord de commerce géré, aux pp xii-xiii, 4, 24, 30, et 231; Voir aussi Hugo Perezcano Diaz, « Trade in North America: A Mexican Perspective on the Future of North America's Economic Relationship », dans *The Future of North America's Economic Relationship – From NAFTA to the new Canada-United States-Mexico Agreement and Beyond*, Waterloo, Center for International Governance Innovation, 2019, aux pp 10-13.

CRÉER un marché plus vaste et plus sûr pour les produits et les services produits sur leurs territoires (...) DE RÉDUIRE les distorsions du commerce »¹⁰,

le préambule de l'ACÉUM parle de

« REMPLACER l'Accord de libre-échange nord-américain de 1994 par un nouvel accord de grande qualité adapté au XXI^e siècle pour soutenir des échanges commerciaux mutuellement avantageux qui conduiront à des marchés plus libres et équitables et à une croissance économique vigoureuse dans la région ; DE PRÉSERVER ET D'ACCROÎTRE la production et le commerce régionaux en encourageant davantage le recours aux sources d'approvisionnement et la production de produits et de matières dans la région ; D'AMÉLIORER ET DE PROMOUVOIR la compétitivité des exportations et des entreprises régionales sur les marchés mondiaux, ainsi que des conditions de concurrence loyale dans la région »¹¹

On a négocié et rédigé l'ALÉNA d'après l'idée que « *Free Trade is Good* ». On a négocié et rédigé l'ACÉUM pour répondre au slogan « *America First* », cher au président Trump. Pour faire image, on est passé de l'Accord de libre-échange nord-américain à un accord dont le nom n'évoque ni le libre-échange ni l'Amérique du Nord.

Cette différence de visions entre l'ACÉUM et l'ALÉNA se répercute sur le contenu des accords. L'ambition du présent article est de mettre en lumière trois apports de l'ACÉUM qui traduisent cette différence et, surtout, révèlent la vraie nature du nouveau cadre juridique des relations commerciales Canada-États-Unis-Mexique. Ces trois traits caractéristiques nous apparaissent aussi être révélateurs de tendances lourdes dans le commerce international actuel et de la façon dont plusieurs grandes nations commerçantes conçoivent le libre-échange aujourd'hui. Nous traiterons successivement de l'asymétrie entre les engagements pris par les Parties à l'ACÉUM ; de la procédure de révision de l'accord prévue à son chapitre 34 et du repli de la zone d'intégration économique nord-américaine sur elle-même.

I. Une asymétrie plus forte

Aucun accord d'intégration économique régional ne prévoit une parfaite symétrie entre les engagements pris par ses Parties. Inévitablement, sur chaque marché national, certains produits, certaines activités ou certaines valeurs prendront une importance particulière qui amènera le gouvernement à vouloir faire inscrire dans l'accord des engagements, des exemptions, des réserves ou des exceptions pour mieux profiter de ses intérêts offensifs ou pour mieux protéger ses intérêts défensifs. Les exemples de cette asymétrie ne manquaient pas dans l'ALÉNA.

¹⁰ ALÉNA, *supra* note 2, préambule, aux para 2-4

¹¹ ACÉUM, *supra* note 1, préambule, aux para 3-5.

Pour le Canada, on pense d'emblée, à l'exception culturelle¹², à la défense des systèmes de gestion de l'offre en agriculture¹³ ou encore aux services sociaux établis et maintenus à des fins publiques¹⁴. Pour le Mexique, la question de l'énergie¹⁵, notamment, a amené les négociateurs à insérer des dispositions spécifiques aménageant une place particulière à cet enjeu. Les États-Unis, avec le pouvoir de négociation dont ils disposent, ont pu imposer à leurs partenaires une gamme de dispositions et de réserves ayant pour effet de protéger de façon particulière le commerce du bois, de l'acier et de l'aluminium, le secteur automobile, le transport ou les services financiers, parmi d'autres. À ces exemples, s'ajoute celui de l'accès aux marchés en matière agricole. L'annexe 703.2 de l'ALÉNA illustre éloquentement que les échanges agricoles en Amérique du Nord découlaient non pas d'une relation trilatérale, mais de trois relations bilatérales bien distinctes.

L'asymétrie entre les engagements des Parties est sans doute plus importante dans la période que nous traversons où les ACR prennent plus que jamais la forme de traités-contracts plutôt que celle de traités-lois¹⁶. Dit autrement, les partenariats économiques régionaux de signature récente visent moins à poser des règles générales et objectives qui s'imposent de manière uniforme qu'à assurer la réciprocité et l'équilibre entre les prestations différenciées de chaque Partie. On l'a vu, l'ALÉNA était déjà un traité-contract dont plusieurs dispositions, annexes et réserves permettaient à chacun des *Trois Amigos*¹⁷ de bénéficier d'un traitement particulier. Mais l'ACÉUM va plus loin. Il renforce, accentue et parfois institutionnalise l'asymétrie des engagements qui lient ou délient les Parties.

C'est sans doute au chapitre 14, quant au règlement des différends investisseur État (RDIE), que les résultats de cette asymétrie renforcée sont les plus spectaculaires dans l'ACÉUM¹⁸. Le paragraphe de l'article 14.2 prévoit que :

« Il est entendu qu'un investisseur peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du présent chapitre uniquement suivant les termes prévus à l'annexe 14-C (Plaintes en instance et plaintes concernant un investissement antérieur), à l'annexe 14-D (Différends en matière d'investissement entre le Mexique et les États-Unis) ou à l'annexe 14-E (Différends en matière

¹² ALÉNA, *supra* note 2, art 2106 et annexe 2106.

¹³ C'est l'effet combiné de plusieurs dispositions et annexes de l'ALÉNA qui avait pour effet de protéger le droit du Canada d'appliquer des contingents tarifaires pour ses produits sous gestion de l'offre. Voir notamment l'article 302, l'annexe 302.2, l'article 703, l'annexe 702.1 et l'annexe 703, plus spécifiquement l'appendice 703.2.B.7.

¹⁴ ALÉNA, *supra* note 2, réserve II-C-8, à la Liste du Canada de l'annexe II.

¹⁵ ALÉNA, *supra* note 2, annexes 602.3, 603.6, 605 et 607.

¹⁶ Pour une explication des concepts de traité-loi et de traité-contract, voir Richard Ouellet, « La nouvelle génération de partenariats et accords économiques entre "like-minded countries" : une résurrection du concept de traité-contract », dans Christian Deblock et Joël Lebullenger, dir, *Génération TAFTA — Les nouveaux partenariats de la mondialisation*, Rennes, Presses de l'Université de Rennes, aux pp 153-164.

¹⁷ De 1994 jusqu'à l'arrivée au pouvoir du Président Trump, les gouvernements et les médias ont maintes fois utilisé l'expression « *Three Amigos* » pour référer soit aux trois pays nord-américains, soit à leurs chefs d'État et de gouvernement.

¹⁸ Nous mettrons ici l'accent sur l'asymétrie qu'instaure le chapitre 14 de l'ACÉUM dans le RDIE. Pour une explication plus détaillée des dispositions du chapitre 14 de l'ACÉUM, voir l'article de mon collègue Charles-Emmanuel Côté dans le présent numéro.

d'investissement entre le Mexique et les États-Unis concernant les contrats gouvernementaux visés). »

Le Canada ne saurait donc être visé que par les plaintes soumises en vertu de l'annexe 14-C. Cette annexe couvre les plaintes en instance et les plaintes concernant un investissement antérieur. Les premières sont les plaintes dont les procédures d'arbitrage étaient déjà engagées alors que l'*ALÉNA* était encore en vigueur¹⁹. Les secondes sont les plaintes portées après le remplacement de l'*ALÉNA* par l'*ACÉUM*, mais qui concernent un investissement établi ou acquis par un investisseur d'une Partie sur le territoire d'une autre Partie alors que l'*ALÉNA* était en vigueur²⁰. Il n'est consenti à ce deuxième type de plaintes que pour une période de 3 ans après l'expiration de l'*ALÉNA*²¹.

L'*ACÉUM* ne prévoit donc pas de mécanisme de RDIE liant le Canada pour les investissements établis ou acquis à partir du 1^{er} juillet 2020.

Ainsi, il n'existe plus de mécanisme RDIE entre le Canada et les États-Unis. Désormais, les investisseurs qui s'estiment lésés doivent exercer leurs recours devant les tribunaux nationaux du pays d'accueil de leur investissement. Un mécanisme de RDIE s'applique toujours entre le Canada et le Mexique, mais en vertu du *Partenariat transpacifique global et progressiste* auquel le Canada et le Mexique sont tous deux Parties²².

L'annexe 14-D prévoit qu'un mécanisme de RDIE s'applique toujours entre le Mexique et les États-Unis, mais uniquement pour les plaintes en cas de manquement aux articles portant sur le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et l'expropriation (sauf dans les cas d'expropriation indirecte). L'annexe 14-E, quant à elle, permet la soumission à l'arbitrage des plaintes alléguant des manquements à n'importe quelle obligation prévue au chapitre 14, mais uniquement si le demandeur est Partie à un contrat gouvernemental visé par l'annexe.

La différence entre le chapitre 11 de l'*ALÉNA* et le chapitre 14 de l'*ACÉUM* est très marquée. Le premier dotait la zone d'intégration économique nord-américaine d'un système de RDIE innovant, intégré, efficace et qui fut plus usité qu'on ne l'avait anticipé lors de l'entrée en vigueur de l'*ALÉNA*. À l'origine, le chapitre 11 avait pour but premier de favoriser les flux d'investissement en limitant la capacité des États d'accueil, surtout le Mexique, d'imposer des mesures allant à l'encontre de la règle du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée ou de la norme minimale de traitement²³. Dans les faits, les dispositions du chapitre 11 sur l'expropriation indirecte ont été les plus mobilisées, à l'encontre de mesures environnementales ou

¹⁹ *ACÉUM*, *supra* note 1, annexe 14-C, art 5.

²⁰ *Ibid*, arts 1 et 6a.

²¹ *Ibid*, art 3.

²² *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018) [PTPGP].

²³ Santiago Gonzalez-Luna, « Constitutional Challenges to NAFTA Chapter 11: A Mexican Perspective », dans Kevin C. Kennedy, dir, *The First Decade of NAFTA: The Future of Free Trade in North America*, Ardsley NY, Transnational Publishers, 2004, à la p 279.

sociales, le plus souvent canadiennes, qui réduisaient l'expectative de profits en territoire canadien d'investisseurs étasuniens²⁴. On a donc pu, à certains égards, regretter les innovations et l'efficacité du chapitre 11.

Sous le second, le chapitre 14 de l'*ACÉUM*, le RDIE ne vaut que pour deux des trois Parties à l'accord. Pour les États-Unis, le Mexique et surtout pour leurs investisseurs, les recours toujours ouverts sont largement amputés par rapport à ceux qui existaient sous l'*ALÉNA*.

On peut se réjouir que l'abandon du chapitre 11 entraîne sans doute un renforcement de la capacité du gouvernement canadien de légiférer et de réglementer dans l'intérêt public, sans s'inquiéter d'un éventuel recours au RDIE de la part d'un investisseur étasunien²⁵. On peut aussi s'étonner d'un tel abandon²⁶ et du renvoi des recours des investisseurs devant les tribunaux nationaux quand on connaît l'importance des investissements échangés entre les États-Unis et le Canada. En 2019, les investissements directs étrangers (IDE) au Canada provenant des États-Unis atteignaient \$402 milliards. La même année, les IDE canadiens en territoire étasunien totalisaient \$581 milliards²⁷. À l'évidence, l'intégration économique nord-américaine n'a rien perdu de son intensité quant à la circulation des capitaux. Le RDIE qui avait été instauré par l'*ALÉNA* était certes polémique. Mais il était un instrument juridique structurant de la régie de cette intégration. Le temps nous dira si le recours aux tribunaux nationaux étasuniens ou canadiens pour entendre les recours d'investisseurs provenant de l'autre côté de la frontière est une meilleure idée.

L'asymétrie renforcée de l'*ACÉUM* se constate aussi au chapitre 13 qui porte sur les marchés publics. Ce chapitre ne lie que les États-Unis et le Mexique²⁸. Il semble que les positions de négociation étasuniennes, intransigeantes aux yeux du Canada, aient amené ce dernier à renoncer à être lié par ce chapitre. Les négociateurs étasuniens se seraient montrés inflexibles quant à l'application des dispositions *Buy America* et *Buy American*²⁹ qui ferment de larges parts de marchés publics aux entreprises canadiennes³⁰. Les États-Unis auraient aussi souhaité l'inclusion d'une clause de

²⁴ Voir l'impressionnante recension faite par Gary Clyde Hufbauer et Jeffrey J. Schott, *NAFTA Revisited — Achievements and Challenges*, Washington, Institute for International Economics, 2005, aux pp 224 à 236 et 260 à 269.

²⁵ Gantz, *supra* note 3, à la p 49.

²⁶ Des auteurs qui étaient près des négociations font remarquer, non sans un certain étonnement, que c'est l'administration étasunienne qui, la première, a suggéré de ne pas reconduire le RDIE dans l'*ACÉUM*. Voir Perezcano Diaz, *supra* note 9, à la p 11 ; Gantz, *supra* note 3, à la p 14 ; Glick, *supra* note 3, à la p 245.

²⁷ É-U, M. Angeles Villarreal, Congressional Report Service, *The United States-Canada-Mexico Agreement (USMCA)*, (Rapport R44981), 2020.

²⁸ *ACÉUM*, *supra* note 1, art 13.2 au para 3.

²⁹ Pour une explication synthétique, en langue française, des dispositions *Buy America* et du *Buy American Act*, voir Gouvernement du Canada, « Les exigences de la *Buy American Act* et les dispositions "*Buy America*" » (6 décembre 2021), en ligne : <<https://www.delegatescommerciaux.gc.ca/sell2usgovvendreaugouvusa/procurement-marches/buyamerica.aspx?lang=fra>>.

³⁰ Meredith Lilly, « A Canadian Perspective on the Future of North America's Economic Relationship », dans *The Future of North America's Economic Relationship — From NAFTA to the new Canada-United States— Mexico Agreement and Beyond*, Waterloo, Center for International Governance Innovation, 2019, à la p 17.

réciprocité dite « *dollar-for-dollar* » qui aurait eu pour effet d'ouvrir les marchés publics étasuniens aux entreprises canadiennes et mexicaines uniquement à la hauteur des contrats octroyés aux entreprises étasuniennes par les gouvernements canadiens et mexicains³¹. Si les États-Unis ont finalement renoncé à cette clause, le Canada a tout de même estimé qu'il valait mieux ne pas transiger sur la question des marchés publics au sein de l'*ACÉUM* et plutôt profiter des ouvertures de marché déjà négociées dans d'autres cadres. En effet, les marchés publics font déjà l'objet d'importants engagements entre le Canada et les États-Unis par le biais de l'*Accord révisé sur les marchés publics (AMP)* de l'OMC. Cet accord plurilatéral auquel sont parties 48 Membres de l'OMC dont le Canada et les États-Unis couvre des parts importantes des marchés fédéraux, des marchés de 37 États des États-Unis et ceux des provinces et territoires canadiens. Le Mexique n'est pas partie à l'*AMP*, mais il est partie, comme le Canada, à l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste [PTPGP]*. C'est donc le chapitre 15 du *PTPGP* qui prévoit l'ouverture des marchés fédéraux, provinciaux, territoriaux et étatiques entre le Canada et le Mexique.

Le secteur de l'énergie en est un autre où l'*ACÉUM* a élargi le fossé, certes déjà existant, entre les *Amigos* et pour lequel l'intégration économique nord-américaine a pris un petit pas de recul. L'*ALÉNA* conférait déjà un statut particulier au Mexique quant aux hydrocarbures. Il permettait à l'État mexicain de se réserver un grand nombre d'activités stratégiques liées notamment à la prospection, à la transformation, au raffinage, à l'exploitation et à la distribution du pétrole brut, du gaz naturel et des produits pétrochimiques de base³². Mais on trouvait dans l'*ALÉNA*, au moins entre le Canada et les États-Unis, un certain souci de mise en commun des ressources³³. L'article 605 prévoyait que, si le Canada ou les États-Unis se prévalait des articles XI:2a), XXg), i) ou j) du *GATT* pour restreindre ses exportations de produits énergétiques ou de produits pétrochimiques de base, cette restriction ne devait pas avoir pour effet de réduire la proportion des exportations par rapport à l'approvisionnement total de la Partie exportatrice, de fixer des prix minimaux plus élevés ou de perturber les voies normales d'approvisionnement.

L'*ACÉUM* contient un chapitre, d'un seul article, entièrement consacré à la « reconnaissance du droit de propriété direct, inaliénable et imprescriptible des États-Unis mexicains sur les hydrocarbures »³⁴. Ce chapitre dont le titre parle de lui-même vise à mettre en exergue la souveraineté du Mexique sur cette catégorie de ressources. L'*ACÉUM* contient aussi une annexe³⁵ et une exception³⁶ qui laissent au Mexique un contrôle considérable sur l'exportation des hydrocarbures et sur l'investissement dans ce

³¹ Gantz, *supra* note 3, aux pp 22-23.

³² *ALÉNA*, *supra* note 2, art 601, annexes 602.3, 603.6, 605 et 607.

³³ À l'article 605 qui s'applique aux produits énergétiques et aux produits pétrochimiques de base. L'article 605 est écrit dans les mêmes termes que l'article 315. Il importe dans l'*ALÉNA* des obligations prises par les Membres de l'OCDE à la suite du choc pétrolier de 1973-1974; Voir Johnson, *supra* note 5, aux pp 207-208.

³⁴ *ACÉUM*, *supra* note 1, c 8.

³⁵ *ACÉUM*, *ibid*, annexe 2-A, art 2.A.3, au para 1.

³⁶ *ACÉUM*, *ibid*, art 32.11. Pour une explication de cette exception au libellé complexe, voir Gantz, *supra* note 3, aux pp 106-110.

secteur d'activités. L'*ACÉUM* ne contient pas d'équivalent de l'article 605 de l'*ALÉNA*. On assiste à l'abandon de l'idée d'une certaine responsabilité partagée quant à l'approvisionnement énergétique sur le continent nord-américain. C'est sans doute, heureusement, une certaine responsabilité à l'égard des changements climatiques qui prend maintenant le pas. C'est aussi un peu ce que traduit l'abandon du projet *Keystone XL* par le président Biden dès son entrée en fonction, abandon qu'a regretté le premier ministre Trudeau en insistant à la fois sur l'importance de combattre les changements climatiques et sur le fait que le Canada pouvait contribuer à la sécurité énergétique des États-Unis³⁷.

Un mécanisme de règlement des différends nouveau genre, inséré dans le texte de l'*ACÉUM* par le Protocole d'amendement de 2019, illustre et consacre d'éclatante façon l'asymétrie entre les engagements des Parties. L'annexe 31-A crée un « Mécanisme de réaction rapide applicable à des installations particulières entre les États-Unis et le Mexique ». L'annexe 31-B crée son équivalent entre le Canada et le Mexique. Ces mécanismes identiques s'appliquent quand une Partie « estime de bonne foi que les travailleurs d'une Installation visée sont privés des droits de liberté d'association et de négociation collective »³⁸. Ainsi, une Partie qui se porte plaignante peut demander à la Partie défenderesse d'examiner « la situation » quant à un déni de droits dans une « installation visée ». Une installation visée est celle qui « produit un produit ou fournit un service » qui fait l'objet d'un échange entre les Parties ou qui est en concurrence avec les produits ou services d'une autre Partie³⁹. Ces installations appartiennent à des secteurs dits prioritaires soit le secteur manufacturier, le secteur des services et le secteur minier. Quand on connaît les secteurs où les États-Unis redoutent la compétition amenée par les bas coûts de main-d'œuvre qui prévalent au Mexique, on ne s'étonne pas que le « secteur manufacturier » inclue notamment les produits aéronautiques, les automobiles et pièces d'automobiles, l'acier, l'aluminium, le verre, le plastique, la forge et le ciment⁴⁰. Si la Partie plaignante n'est pas satisfaite de l'examen mené par la Partie défenderesse ou des correctifs apportés par l'installation visée par la plainte, elle peut requérir la constitution d'un groupe spécial qui mènera une enquête et qui pourra aller jusqu'à procéder à une vérification sur le territoire de la Partie défenderesse.

On voit combien ce mécanisme peut être intrusif. On comprend aisément qu'il n'existe pas un tel mécanisme entre le Canada et les États-Unis. On ne se surprendra pas non plus que le premier recours à ce mécanisme ait été exercé, le 12 mai 2021, par les États-Unis au sujet d'une installation du constructeur automobile *General Motors* située à Silao, dans l'État de Guanajuato⁴¹.

³⁷ Premier ministre du Canada Justin Trudeau, « Déclaration du premier ministre du Canada concernant la décision des États-Unis à l'égard du projet Keystone XL » (20 janvier 2021), en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/declarations/2021/01/20/declaration-du-premier-ministre-du-canada-concernant-la-decision>>.

³⁸ *ACÉUM*, *supra* note 1, arts 31-A.2 et 31-B.2.

³⁹ Les articles 31-A.15 et 31-B.15 définissent l'expression « installation visée ».

⁴⁰ *Ibid*, note 5 de chacun des deux articles.

⁴¹ Le texte de la requête est disponible sur le site du Représentant au commerce de États-Unis (USTR) à : <<https://ustr.gov/sites/default/files/assets/usmca/USTR%20USMCA%20RRM%20Req%20Mex%20for%20posting2.pdf>>.

La force de l'intégration économique nord-américaine n'a jamais reposé sur des règles et disciplines uniformes ni sur la symétrie des prestations et des engagements des Parties. Loin s'en faut. Cette intégration fonctionne parce que chaque partenaire y trouve plus de gains que de concessions pour son économie nationale. Trois économies aussi différentes doivent savoir trouver des termes d'échanges mutuellement avantageux sans que tous ne s'engagent sur chaque enjeu, sans que tous n'adhèrent à une règle commune. Cette asymétrie s'inscrit dans le droit plus fortement que jamais avec l'*ACÉUM*.

II. Un accord à réviser périodiquement

L'*ALÉNA* était conçu comme un accord dont les dispositions seraient à ce point précises que la prise de décisions communes serait marginale et rarement utile⁴². Les Parties à l'*ALÉNA* ont soigneusement évité tout transfert de souveraineté vers une entité proprement régionale⁴³. Contrairement à ce que prévoient deux autres accords contemporains, le Traité de Maastricht et le Traité du Mercosur qui s'inscrivaient dans une approche supranationale et qui créaient des institutions communes fortes, les Parties à l'*ALÉNA* se sont contentées de rechercher une certaine convergence de leurs politiques « par l'application d'un cadre normatif contenu dans le texte initial de l'accord »⁴⁴.

Seules deux institutions, que d'aucuns ont qualifiées de squelettiques⁴⁵, ont été créées par l'*ALÉNA*. La Commission du libre-échange qui était chargée de la mise en œuvre, du bon fonctionnement et du développement de l'accord⁴⁶ ne s'est prévalué qu'une seule fois de son modeste pouvoir d'interpréter l'accord⁴⁷. Le Secrétariat n'avait quant à lui qu'un mandat essentiellement administratif⁴⁸. Les Parties à l'*ALÉNA* ont tout misé sur les mécanismes de règlement des différends pour maintenir à jour un accord qui ne prévoyait ni sa renégociation ni son extinction.

Ce pari des Parties à l'*ALÉNA* ne s'avérera pas tout à fait gagnant. L'incapacité des institutions de l'*ALÉNA* de créer du droit dérivé et de prendre l'initiative de la modernisation de l'accord ne sera jamais compensée par les décisions des groupes

⁴² Richard Ouellet, « Le modèle ALÉNA, les différends commerciaux canado-américains et le Partenariat Transpacifique : quand la renégociation du libre-échange en Amérique du Nord devient inéluctable » dans Dorval Brunelle, dir, *L'ALÉNA à 20 ans : Un accord en sursis, un modèle en essor*, Montréal, Éditions IEIM, 2014, 413 à la p 422.

⁴³ Stephen Zamora, « Rethinking North America: Why NAFTA's Laissez-Faire Approach to Integration Is Flawed and What to Do About It » (2011) 56:3 Villanova Law Review 631.

⁴⁴ Gordon Mace, « Quelles institutions pour l'ALÉNA ? », dans Dorval Brunelle et Christian Deblock, dir, *L'ALÉNA, le libre-échange en défaut*, Montréal, Fides, 2004, 135, à la p 145.

⁴⁵ Hufbauer et Schott, *supra* note 24, à la p 61.

⁴⁶ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2001.

⁴⁷ Commission du libre-échange de l'ALÉNA, « Accord de libre-échange nord-américain, Règlement des différends, Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 » (31 juillet 2001), en ligne : *Affaires Mondiales Canada* <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/dispatch-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>>.

⁴⁸ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2002.

spéciaux chargés de régler les différends⁴⁹. Certains chapitres, ceux sur les mesures d'urgence, les télécommunications et les services financiers de l'ALÉNA ont fini par ne plus correspondre à l'état des marchés nord-américains et sont tombés en désuétude. D'autres dispositions, sur les marchés publics, l'admission temporaire des gens d'affaires, le règlement des différends en matière de droits antidumping et de droits compensateurs ou le règlement des différends interétatiques ont perdu beaucoup de leur efficacité.

Le texte stagnant de l'ALÉNA est devenu à ce point décalé avec la réalité de l'intégration nord-américaine qu'il aura fallu conclure, en marge, entre le Canada et les États-Unis, deux accords sur des thèmes qui tombent en plein cœur de la relation commerciale entre les deux pays : l'*Accord sur le bois d'œuvre résineux*⁵⁰ et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis en matière de marchés publics*⁵¹.

Il faut bien admettre que l'obstination de l'administration Trump à renégocier l'ALÉNA aura eu ceci de bon qu'elle a forcé le remplacement d'un cadre juridique qui ne vieillissait pas bien. Elle aura aussi eu pour effet de doter le nouveau cadre, l'ACÉUM, d'un processus de révision qui préviendra une lente mise à l'écart d'éléments importants de ce cadre comme cela est arrivé à l'ALÉNA.

C'est le long article 34.7 intitulé « Examen et reconduction » qui force désormais une révision périodique des termes de l'ACÉUM.

Dès le début de la renégociation de l'ALÉNA, en août 2017, l'administration étasunienne s'est donnée pour objectif d'inclure dans le futur accord « un mécanisme d'évaluation périodique des bénéfices de l'accord »⁵². Rapidement, cet objectif général s'est précisé et les États-Unis ont proposé à leurs partenaires une clause crépusculaire ou clause d'extinction de 5 ans⁵³. Comme l'a expliqué le Représentant au commerce des États-Unis (USTR) devant le Comité des voies et moyens de la Chambre des Représentants du Congrès, cette clause avait pour but de donner au Président des États-Unis le pouvoir d'évaluer les effets économiques de l'accord après une période

⁴⁹ Louis Bélanger et Richard Ouellet, « Ruling the North American Market: NAFTA and its Extensions » dans Gordon Mace et al, dir, *Inter-American Cooperation at a Crossroads*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011, 187.

⁵⁰ Il y eut en fait deux accords sur le bois d'œuvre résineux pendant la vie de l'ALÉNA. *Accord sur le bois d'œuvre résineux entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 29 mai 1996, RT Can 1996 n°16 (entrée en vigueur : 29 mars 1996) ; *Accord sur le bois d'œuvre résineux entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 12 septembre 2006, RT Can n°23 (entrée en vigueur : 12 octobre 2006 — éteint).

⁵¹ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en matière de marchés publics*, 11 février 2010, RT Can 2010 n°5 (entrée en vigueur : 16 février 2010 — extinction : 30 septembre 2011).

⁵² La traduction est de l'auteur. Voir É-U, Office of the United States Trade Representative, *Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation*.

⁵³ U.S. Trade Policy Agenda « U.S. Trade Representative Robert Lighthizer provided members of the House Ways and Means Committee » (21 mars 2018), en ligne : *C-Span* <<https://www.c-span.org/video/?c4720040/user-clip-us-trade-policy-agenda>>; Amrita Bahri et Monica Lugo, « Trumping Capacity Gap with Negotiation Strategies: the Mexican USMCA Negotiation Experience » (2020) 23:1 *J Intl Econ L*, 1, aux pp 5 et 8.

raisonnable d'application puis de voir si les termes de l'échange entre les trois pays d'Amérique du Nord devaient être rééquilibrés. Le visionnement du témoignage du Représentant au commerce et des questions et commentaires des membres du Comité montrent très clairement que cette proposition du Représentant au commerce ne soulevait pas l'enthousiasme des élus⁵⁴. Fort heureusement, la délégation mexicaine avait une bien meilleure idée qui s'est avérée être un compromis acceptable pour tous.

Ainsi, tout comme l'ALÉNA⁵⁵, l'ACÉUM contient un mécanisme de retrait à son article 34.6. Mais il contient beaucoup plus. L'ACÉUM est aujourd'hui le seul accord commercial signé par les États-Unis⁵⁶ et par le Canada (et aussi loin que nous ayons pu vérifier, par le Mexique) qui prévoit son extinction. L'article 34.7, à son paragraphe 1, prévoit que :

« Le présent accord prend fin 16 ans après la date de son entrée en vigueur, à moins que chacune des Parties ne confirme qu'elle souhaite qu'il soit reconduit pour une nouvelle période de 16 ans, conformément aux procédures énoncées aux paragraphes 2 à 6. »

C'est la Commission du libre-échange créée par l'article 30.1 qui est chargée de l'application des procédures de reconduction dont il est question ici.

Un « examen conjoint » du fonctionnement de l'accord est conduit par la Commission à la date du sixième anniversaire de l'entrée en vigueur de l'accord⁵⁷. Dans le cadre de cet examen, chaque Partie confirme si elle souhaite reconduire l'accord pour une autre période de 16 ans. Si c'est le cas, « la durée [de l'ACÉUM] est automatiquement prorogée d'une autre période de 16 ans »⁵⁸. Les compteurs sont alors remis à zéro et la Commission procédera à un nouvel examen conjoint avant la fin de la période de 6 ans qui débute alors.

La procédure prévoit aussi bien sûr le cas où il n'y a pas d'accord de prorogation lors de l'examen conjoint qui intervient après six ans. « Si, dans le cadre d'un examen sexennal, une Partie ne confirme pas son souhait de reconduire [l'accord] pour une période de 16 ans, la Commission se réunit pour procéder à un examen conjoint chaque année jusqu'à l'expiration [de l'accord] »⁵⁹. A tout moment entre la conclusion d'un examen conjoint et l'expiration de l'accord, les Parties peuvent convenir de reconduire celui-ci pour une autre période 16 ans.

On comprend de cette clause d'examen et reconduction que l'ACÉUM est en vigueur pour au moins 16 ans à compter de son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2020.

⁵⁴ U.S. Trade Policy Agenda, *supra* note 53; Christine McDaniel, « A US Perspective on the Future of North America's Economic Relationship » dans *The Future of North America's Economic Relationship - From NAFTA to the New Canada-United States-Mexico Agreement and Beyond*, Center for International Governance Innovation, Waterloo, 2019, à la p 3.

⁵⁵ ALÉNA, *supra* note 2, art 2205.

⁵⁶ Gantz, *supra* note 3, aux pp 223-224; Simon Lester et Inu Manak, « New NAFTA's Sunset Clause is a Ticking Time Bomb », (7 novembre 2018), en ligne : *Cato Institute* <<https://www.cato.org/commentary/new-naftas-sunset-clause-ticking-time-bomb>>.

⁵⁷ ACÉUM, *supra* note 1, art 34.7 au para 2.

⁵⁸ *Ibid* au para 3.

⁵⁹ *Ibid* au para 4.

L'« examen sexennal » a pour but de donner aux Parties l'opportunité d'évaluer, de revoir et au besoin de moderniser l'ACÉUM, sans la menace d'une extinction prochaine, en jouissant d'une période tampon de 10 ans.

Quand on le compare aux premières demandes du Représentant au commerce des États-Unis, l'article 34.7 peut assurément être vu comme une victoire pour le Mexique⁶⁰. Mais une majorité d'observateurs considèrent plutôt que l'insertion de cette clause est source d'incertitude et d'instabilité et pourrait avoir un effet dissuasif sur les investisseurs et miner la confiance des opérateurs d'entreprises⁶¹. D'autres vont encore plus loin et qualifient l'article 34.7 de « bombe à retardement »⁶².

Il est difficile de prévoir les impacts de l'article 34.7 sur le commerce et les flux d'investissement entre le Canada, les États-Unis et le Mexique. Il est tout aussi périlleux de s'aventurer à prédire comment les Parties à l'ACÉUM tireront profit de cette nouvelle possibilité de révision et de modernisation de leur accord d'intégration commun. Mais il s'agit surtout de ne pas être naïf. L'article 34.7 ne protège en rien le Canada et le Mexique contre des pressions politiques du genre qu'a imposées l'administration Trump pour forcer dans l'urgence la renégociation de l'ALÉNA.

L'article 34.7 illustre la vraie nature du libre-échange en Amérique du Nord. Un partenariat économique avec une puissance comme les États-Unis est vibrant, changeant, soumis aux soubresauts des marchés et aux humeurs du Congrès et de l'administration à Washington. Les termes de la relation doivent être revus et corrigés en fonction de droits antidumping, de droits punitifs, de décisions judiciaires ou administratives, de nouveaux objectifs politiques plus ou moins mercantilistes ou protectionnistes. En cela, l'ALÉNA ne correspondait pas à la réalité de l'intégration économique nord-américaine. On ne fixe pas une relation commerciale avec les États-Unis dans un texte immuable. L'ACÉUM et son article 34.7 reflètent mieux la réalité d'une relation trilatérale qui, au fond, est sans cesse en ajustement.

III. Une zone d'intégration régionale tentée par le repli sur soi

Les accords commerciaux régionaux récents témoignent d'une tendance forte au repli sur soi. L'ACÉUM n'est pas le seul à verser dans une certaine forme de protectionnisme régional. Le *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP) fut signé le 15 novembre 2020 par 15 États d'Asie-Pacifique⁶³ représentant 30% du PIB mondial et tout près d'un tiers de la population mondiale. Quand il entrera en vigueur, il sera le plus important accord de libre-échange du monde. Déjà,

⁶⁰ Bahri et Lugo, *supra* note 53, à la p 8.

⁶¹ Villareal et Fergusson, *supra* note 27, à la p 39 ; Gantz, *supra* note 3, à la p 225 ; Greg Anderson, *Freeing Trade in North America*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2020, à la p 162.

⁶² Lester et Manak, *supra* note 56.

⁶³ L'Australie, la Chine, la Corée du Sud, le Japon, la Nouvelle-Zélande et les 10 pays de l'ASEAN soit la Birmanie, le Brunei, le Cambodge, l'Indonésie, le Laos, la Malaisie, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Vietnam.

des observateurs de partout tentent d'anticiper les impacts économiques de cet accord. Les premières analyses des engagements des Parties montrent que les Parties au RCEP ont cherché à consolider les chaînes de valeur régionales qui font de la Chine le centre de gravité de l'accord⁶⁴. On appréhende donc que cet accord n'entraîne un repli sur soi de cette zone d'intégration et soit moins une source de création de richesse qu'une cause de diversion de commerce qui nuise aux intérêts d'entreprises opérant sur ces marchés, mais qui proviennent d'États qui ne sont pas signataires de ce partenariat.

À des degrés divers, tous les accords commerciaux régionaux (ACR) ont cet effet de diversion que le système *GATT*/OMC cherche à endiguer par la règle de la nation la plus favorisée et par les critères développés sous l'article XXIV du *GATT*. Dès lors que les Parties à un ACR souhaitent stimuler l'activité économique et accroître les échanges dans leur zone d'intégration régionale, la tentation est forte de mettre en place des règles qui favoriseront le commerce intrarégional au détriment du commerce provenant de l'extérieur de la zone.

Bien qu'exemplaire à plusieurs égards, l'*ALÉNA* avait un peu de ce travers. Les annexes 300-A et 300-B qui portaient respectivement sur le secteur automobile et sur les textiles visaient sans détour à mettre le marché nord-américain à l'abri, au moins partiellement, de la concurrence étrangère dans ces deux secteurs⁶⁵. Le secteur de l'énergie était aussi régi de façon extrêmement prudente. La sécurité des approvisionnements, les enjeux de sécurité nationale, l'intervention de l'État, l'origine des investissements, la crainte d'un autre choc pétrolier, le respect des engagements pris à l'OCDE, le mélange de dépendance et de méfiance à l'égard de l'OPEP et l'accès au marché étatsunien pour le Canada et le Mexique qui disposent d'importantes capacités d'exportation sont autant de facteurs qui ont amené les Parties à l'*ALÉNA* à parsemer l'accord de dispositions et de réserves qui rendaient la relation entre les *Amigos* en matière d'énergie à la fois très privilégiée et très complexe. On pourrait sans doute multiplier les exemples de produits pour lesquels l'*ALÉNA* prévoyait des dispositions particulières qui avaient pour effet de créer un marché régional bien spécifique. Le sucre et certains produits informatiques entrent assurément dans cette catégorie.

Quelques éléments du contexte dans lequel s'est négocié l'*ACÉUM* ont amené les Parties à accentuer ce caractère régionaliste ou continentaliste.

À l'ère de la « *smile curve* » et du raccourcissement des chaînes de valeur, les Parties à l'*ACÉUM* ont renouvelé les conditions de leurs échanges avec pour

⁶⁴ Parlement Européen, Direction générale des politiques externes de l'Union, *Short Overview of the Regional Comprehensive Economic Agreement (RCEP)*, PE 653.625, février 2021.

⁶⁵ Pour une explication du fonctionnement de ces annexes, voir Johnson, *supra* note 5, aux pp 133 et ss. et 146 et ss. On sait que l'Annexe 300A reprenait plusieurs dispositions du Pacte de l'Auto canado-américain de 1966. L'essentiel des dispositions qui restaient de ce pacte a été déclaré incompatible avec des articles du *GATT* et de l'*Accord sur les subventions et mesures compensatoires* de l'OMC; Voir *Canada - Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (2000), OMC Doc WT/DS 139/AB/R et WT/DS 142/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

priorité de renforcer les chaînes de valeur régionales⁶⁶. Son préambule que nous avons cité plus haut est très clair quant à cet objectif qui a pu amener les Parties à assimiler intérêts régionaux et commerce géré⁶⁷.

Au surplus, l'*ACÉUM* a été négocié dans une période de tensions commerciales globales. Ces tensions, qui ont débuté avant l'arrivée aux affaires de l'administration Trump, ont amené les États-Unis à chercher à imposer un certain modèle de libéralisation des marchés qui contrecarrerait la montée de l'influence économique chinoise⁶⁸. Au départ la participation des États-Unis aux négociations du *PTPGP* visait à mettre en place un modèle d'accord comportant des engagements que ne pourrait ratifier la Chine compte tenu de ses politiques économiques. Or, ironie de l'Histoire, on sait que les États-Unis ont renoncé au moins temporairement au *PTPGP* et que la Chine a demandé, en septembre 2021, son accession à ce partenariat⁶⁹. Il demeure que plusieurs dispositions de cet accord très libéral ont été reproduites dans l'*ACÉUM*. L'*ACÉUM* est un cadre juridique qui ne saurait convenir à toutes les économies nationales. Rien qu'en cela, il n'a rien d'un modèle.

Dernier élément de contexte pertinent, l'*ACÉUM* a été négocié par une administration étasunienne obsédée par l'idée de rapatrier des activités de production, et donc des emplois, dont la délocalisation vers la Chine ou le Mexique aurait été provoquée par des partenaires commerciaux qui abusent prétendument de l'économie étasunienne.

C'est donc dans un environnement économique et politique propice à un certain repli sur soi qu'il aura fallu renégocier l'intégration économique en Amérique du Nord. L'*ACÉUM* contient donc plusieurs dispositions qui exposent sans trop de retenue cette tendance au repli sur soi.

Dans le secteur des textiles, les dispositions de l'*ACÉUM* sont, aux yeux mêmes de l'industrie, encore plus protectionnistes que celles de l'*ALÉNA*⁷⁰. L'approvisionnement en tissus à bas coûts provenant d'Asie est découragée et les exigences de teneur valeur régionale sont haussées par les dispositions du chapitre 6 et par les règles d'origine.

Dans le secteur automobile, d'autres modifications aux règles d'origine empruntent la même voie. Les exigences de teneur en valeur régionale pour plusieurs catégories de véhicules, les exigences quant à la provenance de l'acier et de l'aluminium composant les véhicules⁷¹ et les exigences quant au taux salarial minimum

⁶⁶ Gantz, *supra* note 3, à la p 5.

⁶⁷ *Ibid*, aux pp 4-5.

⁶⁸ Sur les tensions amenées par le développement par la Chine de la Nouvelle Route de la Soie, voir Olivier Delas, dir, *Relations commerciales internationales, L'Union européenne et l'Amérique du Nord à l'heure de la nouvelle Route de la Soie*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

⁶⁹ « China applies to join Pacific trade pact to boost economic clout » (17 septembre 2021), en ligne : *Reuters* <<https://www.reuters.com/world/china/china-officially-applies-join-cptpp-trade-pact-2021-09-16/>>.

⁷⁰ Voir Gantz, *supra* note 3, aux pp 124-125.

⁷¹ *ACÉUM*, *supra* note 1, appendice de l'annexe 4-B, art 6.

des travailleurs des usines où sont montés les véhicules⁷² sont autant de conditions qui tendent à refermer sur lui-même le marché automobile nord-américain.

En agriculture, on peut mentionner, parmi d'autres engagements, l'obligation qu'a contractée le Canada à l'article 3.A.3 d'assurer un suivi auprès des États-Unis de ses exportations mondiales de protéines de lait, de lait écrémé en poudre et de préparation pour nourrissons et d'appliquer, au-delà de certains seuils de ventes, des droits à l'exportation. On sait que ces obligations sont un corollaire obligé du maintien de la gestion de l'offre dans le secteur laitier canadien, mais on peut tout de même voir ici l'acceptation par le Canada d'une forte intrusion étasunienne dans les relations commerciales du Canada avec des partenaires hors *ACÉUM*.

S'ajoutent à ces exemples pointus, le fameux article 32.10 qui complique singulièrement toute négociation de libre-échange entre un des pays de l'*ACÉUM* et la Chine. Cet article original et sans précédent exige qu'« une Partie informe les autres Parties de son intention d'amorcer des négociations en vue de conclure un accord de libre-échange avec un pays n'ayant pas une économie de marché », au moins trois mois avant le début des négociations⁷³. En clair, l'article 32.10 force toute Partie à l'*ACÉUM* qui entend négocier un accord de libre-échange avec un pays qui n'a pas une économie de marché à obtenir l'approbation des autres Parties à l'*ACÉUM* pour ce faire. Le paragraphe 3 prévoit une obligation de fourniture de renseignements, applicable en cours de négociation, sur demande d'une autre Partie. Le paragraphe 4 exige qu'on donne aux autres Parties la possibilité d'examiner le texte intégral de l'accord, dès que possible et au plus tard 30 jours avant la fin de la négociation.

Une fois que les deux autres Parties à l'*ACÉUM* ont analysé le contenu et les effets de l'accord de libre-échange conclu par une Partie à l'*ACÉUM* avec un pays n'ayant pas une économie de marché, les autres Parties pourront mettre fin [à l'*ACÉUM*] moyennant un préavis de six mois, et remplacer [l'*ACÉUM*] par un accord bilatéral entre elles⁷⁴.

Les négociateurs mexicains et canadiens ont bien tenté de minimiser l'importance et le sens de cette clause en arguant qu'une clause de retrait existait déjà dans l'*ALÉNA*⁷⁵. Cette sous-évaluation de l'article 32.10 est trompeuse. Cette clause permet d'expulser un pays de l'*ACÉUM*, ce que l'*ALÉNA* n'a jamais prévu. Un ancien diplomate canadien condamne vivement le libellé de l'article 32.10 et souligne qu'un pays comme le Canada pourrait être « *kicked-out* » de l'*ACÉUM* s'il devait signer avec la Chine un accord commercial qui ne plaise pas aux États-Unis⁷⁶.

⁷² *Ibid*, art 7.

⁷³ *ACÉUM*, *supra* note 1, art 32.10, au para 2.

⁷⁴ *Ibid*, au para 5.

⁷⁵ Josh Wingrove, « *USMCA* China clause latest blow to Trudeau's Asia ambitions », (4 octobre 2018), en ligne : *BNN Bloomberg* <<https://www.bnnbloomberg.ca/nafta-s-china-clause-is-latest-blow-to-trudeau-s-asia-ambitions-1.1147743>>; Perezcano Diaz, *supra* note 9, à la p 13; McDaniel, *supra* note 54, à la p 5.

⁷⁶ Hugh Stephens, « *USMCA*'s fine print giving U.S. the right to veto Canada—China trade deal is a major setback », (2 octobre 2018), en ligne : *The Globe and Mail*

La définition qu'offre l'article 32.10 de ce qu'est « un pays n'ayant pas une économie de marché » est plutôt inhabituelle :

« 1. Pour l'application du présent article :

un pays n'ayant pas une économie de marché est un pays qui, à la fois :

a) à la date de signature du présent accord, est considéré par une Partie comme n'ayant pas une économie de marché aux fins de la législation sur les recours commerciaux de la Partie en question

b) n'a conclu d'accord de libre-échange avec aucune des Parties. »

On constate que cette définition est, en fait, laissée à chaque Partie à l'ACÉUM. Or, il s'avère que les États-Unis ont leur définition de ce qu'est « un pays n'ayant pas une économie de marché » aux fins de l'application de leur législation relative aux droits antidumping et aux droits compensateurs. À ce jour, 11 pays ont été désignés comme tels par le Département du Commerce⁷⁷. La Chine, le Vietnam et 9 autres pays qui sont tous d'anciens pays du Bloc de l'Est figurent sur cette liste. Il faut remarquer que le Vietnam ne pourrait être couvert par la définition énoncée à l'article 32.10. Le deuxième critère de la définition exclut le Vietnam qui est partie au *PTPGP*.

Les observateurs s'accordent à dire que l'article 32.10 vise les accords de libre-échange avec la Chine et vise à bâtir un front commun contre elle⁷⁸.

Bien qu'elle soit sans précédent, l'inclusion d'une clause comme l'article 32.10 n'est pas si surprenante. Depuis l'accession de la Chine à l'OMC en 2001, les administrations étasuniennes, démocrates comme républicaines, ont toutes exprimé de nombreux griefs à l'égard de la politique commerciale chinoise. Les subventions, les entreprises d'État, la manipulation de la devise monétaire, la propriété intellectuelle et le contrôle gouvernemental sur les secteurs stratégiques sont les principales questions au sujet desquelles les États-Unis prétendent que les pratiques chinoises sont incompatibles avec le système commercial multilatéral. Bien avant l'arrivée au pouvoir de Donald Trump, les États-Unis soulignaient la nécessité de réviser les pratiques commerciales chinoises⁷⁹. Comme il est apparu impossible, au moins à court terme, de gagner cette bataille dans l'enceinte de l'OMC, les États-Unis se sont engagés dans une guerre tarifaire avec la Chine et transposé leur bataille dans l'arène régionale. Ainsi, l'article 32.10 fait partie de ces dispositions de l'ACÉUM qui visent à combattre la politique économique chinoise sur des enjeux comme la manipulation de la monnaie, les pratiques commerciales des entreprises d'État, la transparence ou les règles de localisation des données.

<<https://www.theglobeandmail.com/business/commentary/article-usmcas-fine-print-giving-us-the-right-to-veto-canada-china-trade/>>.

⁷⁷ Department of Commerce, United States of America, « U.S. Antidumping and Countervailing Duties, Countries Currently Designated by Commerce as Non-Market Economy Countries » (2020), en ligne : <<https://www.trade.gov/nme-countries-list>>.

⁷⁸ Perezcano Diaz, *supra* note 9, à la p 13.

⁷⁹ McDaniel, *supra* note 54, à la p 5.

Une chose est sûre, l'article 32.10 n'est certes pas de nature à aider à bâtir des ponts entre la zone d'intégration nord-américaine d'une part et la Chine et sa zone d'influence économique qui tend à s'élargir d'autre part. Il sera fort intéressant de voir comment cet article sera appliqué à la suite de la demande d'accession de la Chine au *PTPGP* auquel sont parties le Canada et le Mexique.

Au fond, le texte de l'*ACÉUM* est un fidèle reflet de la véritable nature et des caractéristiques premières de la zone d'intégration économique nord-américaine. Les Parties y assument et y explicitent des réalités que l'*ALÉNA* ne nommait pas. Les relations commerciales entre le Canada, les États-Unis et le Mexique sont foncièrement asymétriques. L'*ACÉUM* gère au fond trois relations bilatérales. Ces relations ne sauraient être figées dans des règles immuables. Elles sont en constante modification et leur mise à jour périodique est essentielle. Enfin, la zone d'intégration nord-américaine est de plus en plus repliée sur elle-même.

Ces caractéristiques de l'*ACÉUM* sont loin de lui être propres. Les mêmes constats et les mêmes griefs pourraient être faits à l'égard de plusieurs ACR de signature récente. L'*ACÉUM* est donc aussi un fidèle reflet de ce que devient la mondialisation économique bâtie par la voie du régionalisme.

SYNTHÈSE DES CHANGEMENTS AUX RÈGLES D'ORIGINE INTRODUITS PAR L'ACCORD CANADA-ÉTATS-UNIS-MEXIQUE

*Florence G. Théberge et Étienne Hivon**

L'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM) est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020. Les dispositions de ce nouvel accord ont ainsi remplacé celles de l'accord en place depuis plus de deux décennies, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). L'une des façons par lesquelles l'ACÉUM a influencé les relations commerciales entre les trois partenaires nord-américains est l'introduction de plusieurs changements aux règles d'origine. Ces changements concernent tant les règles générales que celles spécifiques à certains secteurs d'intérêt, notamment l'automobile. Les règles d'origine sont des dispositions complexes qui doivent être comprises par les entreprises afin que les biens circulant en Amérique du Nord profitent pleinement des avantages de l'accord. Il a donc semblé opportun de passer en revue les principaux changements apportés à celles-ci dans l'ACÉUM.

The Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA) came into effect on July 1st, 2020. The provisions of this new agreement replaced those of the agreement that had been in place for over two decades, the North American Free Trade Agreement (NAFTA). One of the ways in which CUSMA has influenced the trade relationship between the three North American partners is through the introduction of several changes to the rules of origin. These changes affect both general rules and those specific to certain sectors of interest, such as automobiles. Rules of origin are complex provisions that must be understood by businesses in order for goods moving within North America to fully benefit from the agreement. Therefore, it seemed appropriate to review the key changes to the rules of origin in the CUSMA.

El Acuerdo México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC) entró en vigor el 1^o de julio de 2020. Las disposiciones de este nuevo acuerdo reemplazaron así las del acuerdo vigente durante más de dos décadas, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Una de las formas en las que el TLCAN ha influido en las relaciones comerciales entre los tres socios norteamericanos es la introducción de varios cambios en las reglas de origen. Estos cambios se refieren tanto a las normas generales como a las normas específicas de determinados sectores de interés, en particular la industria del automóvil. Las reglas de origen son disposiciones complejas que las empresas deben entender para que los bienes que fluyen en América del Norte obtengan todos los beneficios del acuerdo. Por lo tanto, pareció apropiado revisar los principales cambios a las reglas de origen comprendidos en el T-MEC.

* Florence G. Théberge est directrice des stratégies de marché et de l'attraction de l'investissement étranger au ministère de l'Économie et de l'Innovation du Québec. Lors des négociations de l'ACÉUM, elle était conseillère en politique commerciale au sein de la direction des accords commerciaux et a accompagné le négociateur en chef du Québec. Elle est titulaire d'un baccalauréat intégré en économie politique et d'une maîtrise en science politique de l'Université Laval. Étienne Hivon est conseiller en commerce international et en investissement étranger au ministère de l'Économie et de l'Innovation du Québec. Il est titulaire d'une maîtrise en études internationales de l'École supérieure d'études internationales de l'Université Laval. Les deux auteurs écrivent ici à titre personnel et les points de vue qu'ils expriment ne représentent pas nécessairement ceux du gouvernement du Québec. Les auteurs tiennent à remercier madame Nadia Lemzoudi, pour sa générosité dans le partage de sa grande expertise relative aux règles d'origine, ainsi que messieurs Richard Ouellet et Stéphane Paquin, pour leur avoir donné l'opportunité d'écrire sur ce sujet passionnant.

Lancée par le président Donald J. Trump en août 2017, la renégociation de l'*ALÉNA* s'est achevée le 30 novembre 2018 par la signature de l'*Accord Canada–États-Unis–Mexique* (ci-après *Accord* ou *ACÉUM*). Après l'adoption d'un *Protocole d'amendement*, résultant de demandes du Congrès américain, l'*ACÉUM* est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020¹.

L'*ACÉUM* se distingue des autres accords de libre-échange par des clauses peu répandues. Par exemple, il est le premier accord de libre-échange conclu par le Canada à comprendre une disposition sur le seuil minimal à partir duquel les taxes et les droits de douane sont appliqués pour les envois par messenger². L'*ACÉUM* comprend également un article qui vise spécifiquement les accords de libre-échange que pourraient conclure le Canada, les États-Unis ou le Mexique avec des pays n'ayant pas une économie de marché³. Cela pourrait donc s'appliquer à la Chine, bien que cela ne soit pas explicitement précisé dans l'article. Des innovations sont aussi présentes dans les règles d'origine pour l'échange des marchandises, particulièrement celles relatives au secteur de l'automobile, où les parties ont intégré, entre autres, des obligations relatives aux conditions de travail des employés dans les usines de montage de véhicules automobiles⁴. Outre les changements relatifs au secteur de l'automobile, plusieurs autres catégories de produits ont connu un renforcement ou un assouplissement de leurs règles d'origine.

Au moment d'exporter vers un pays membre de l'*Accord*, c'est le respect des règles d'origine qui permet d'obtenir le traitement tarifaire préférentiel et de bénéficier ainsi d'un avantage concurrentiel par rapport aux pays tiers n'ayant pas d'accord de libre-échange avec les pays membres de l'*Accord*. En raison de leur complexité et de leur nombre (le chapitre 4 de l'*ACÉUM* sur les règles d'origine compte 289 pages), l'information sur les modifications apportées aux règles d'origine n'est pas largement diffusée, bien qu'elles puissent avoir des répercussions significatives sur les activités des entreprises touchées.

Le présent article a comme objectif de recenser les modifications apportées aux règles d'origine de l'*ACÉUM*. L'analyse qui suit est divisée en quatre grands thèmes, soit les règles d'origine générales, les règles d'origine spécifiques, le secteur de l'automobile ainsi que les textiles et vêtements.

I. Quelques définitions

Tout d'abord, quelques concepts clés doivent être définis, en débutant par celui de la règle d'origine elle-même. Les règles d'origine préférentielles, comme celles de

¹ Agence France Presse, « Libre-échange : l'ACEUM entrera en vigueur le 1^{er} juillet », *Radio-Canada* (24 avril 2020), en ligne : <www.ici.radio-canada.ca/nouvelle/1697304/accord-libre-echange-canada-mexique-etats-unis-aceum-debut-juillet>.

² *Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5, art 7.8(1)f) (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*ACÉUM*].

³ *Ibid*, art 32.10.

⁴ *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 7.

l'ACÉUM, permettent de déterminer si les marchandises peuvent être considérées comme étant originaires d'une zone de libre-échange. Le respect des règles d'origine permet de bénéficier de tarifs douaniers réduits ou nuls, appelés « tarifs préférentiels ».

Il y a deux types de règles d'origine : les règles générales et les règles spécifiques. Dans l'ACÉUM, les règles d'origine générales se trouvent au chapitre 4 et les règles d'origine spécifiques sont décrites à l'annexe 4-B. Les règles d'origine générales regroupent des dispositions qui peuvent s'appliquer à toutes les marchandises échangées. Elles définissent ce qu'est un produit originaire et précisent d'autres règles telles que celle pour le traitement des matières utilisées pour l'emballage et les dispositions relatives au transit et au transbordement des produits.

Les règles d'origine générales de l'ACÉUM prévoient que la teneur en valeur régionale d'un produit peut être calculée en utilisant deux méthodes. La première méthode est celle du coût net, qui tient compte du coût total moins les frais de promotion des ventes, de commercialisation et de service après-vente, les redevances, les frais d'expédition et d'emballage et les frais d'intérêt non admissibles⁵. La seconde méthode est celle de la valeur transactionnelle. Elle fait référence au « prix effectivement payé ou à payer pour un produit ou une matière à l'égard d'une opération du producteur du produit »⁶. Dans certains cas, notamment pour certains produits automobiles, la méthode de la valeur transactionnelle ne peut pas être utilisée. Par exemple, celle-ci est considérée comme inacceptable lorsque le producteur établit le prix à payer pour le produit en le subordonnant à la condition que l'acheteur achète également d'autres produits en quantités déterminées⁷.

Comme leur nom l'indique, les règles spécifiques visent des groupes de produits particuliers. On a recours aux règles d'origine spécifiques lorsqu'un bien est produit dans la zone de libre-échange et qu'il contient des matières non originaires⁸. Ces règles permettent d'évaluer le respect de différents critères spécifiques au produit échangé et de confirmer qu'il provient effectivement de la zone de libre-échange, c'est-à-dire qu'il y a subi une transformation substantielle. Ces critères incluent, entre autres, des obligations liées : i) au changement de classification tarifaire, c'est-à-dire que le produit n'est plus classé dans la même catégorie, prouvant qu'il a subi une transformation substantielle⁹; ii) au pourcentage *ad valorem* de contenu régional, aussi

⁵ Commission de libre-échange de l'ACÉUM, *Réglementation uniforme portant sur l'interprétation, l'application et l'administration du chapitre 4 (règles d'origine) et les dispositions connexes du chapitre 6 (Produits textiles et vêtements) de l'Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis Mexicains et le Canada* (1^{er} juillet 2020) à la p 2, art 1, en ligne (pdf) : *Affaires mondiales Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusma-aceum/ftc-clarifications-reglementation-chap-5-6-7-fr.pdf> [Réglementation uniforme].

⁶ *Ibid* à la p 10, art 1.

⁷ *Ibid*, Annexe IV, art 2(3).

⁸ ACÉUM, *supra* note 2, art 4.2 b).

⁹ Par exemple, dans l'ACÉUM, la règle d'origine spécifique pour les légumes des positions 07.01 à 07.11 requiert « [u]n changement aux positions 07.01 à 07.11 de tout autre chapitre ». Il faut donc que la matière non originaire qui est ajoutée au légume ne soit pas classée dans le chapitre 7 (Légumes, plantes, racines et tubercules alimentaires) : ACÉUM, *supra* note 2, Annexe 4-B, au chapitre 7.

appelé « teneur en valeur régionale »¹⁰; iii) à des exigences techniques (opérations de fabrication ou de transformation spécifiques, incluant des réactions chimiques) qui doivent avoir eu lieu sur le territoire de la zone de libre-échange¹¹. Une règle d'origine spécifique peut aussi comprendre une combinaison de divers critères¹².

Les règles d'origine spécifiques sont classifiées selon le *Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* (ci-après, *SH*) de l'Organisation mondiale des douanes. Ce système harmonisé est utilisé par plus de 200 économies pour la classification tarifaire des échanges de marchandises¹³. Il comprend plus de 5 000 groupes de biens, identifiés par un code à six chiffres¹⁴. Ces codes permettent de classer ensemble des produits ayant des fonctions et des usages similaires selon une logique et une nomenclature qui se veulent uniformes, quel que soit l'utilisateur. Le *SH* est révisé périodiquement tous les cinq à six ans pour tenir compte de l'évolution technologique et intégrer de nouveaux produits¹⁵.

II. Changements aux règles d'origine générales

Un des éléments souvent dénoncés par les entreprises est le fardeau administratif nécessaire pour compléter les procédures d'origine des accords commerciaux¹⁶. C'est d'autant plus difficile lorsque les règles varient d'un accord à l'autre. Alors que certains changements apportés par l'*ACÉUM* contribuent à réduire la

¹⁰ Par exemple, dans l'*ACÉUM*, la règle d'origine spécifique pour les outils de forage ou de sondage de la sous-position 8207.13 peut être satisfaite par la conformité à l'exigence suivante : « Un changement à la sous-position 8207.13 de la sous-position 8207.19, qu'il y ait ou non également un changement de tout autre chapitre, à la condition que la teneur en valeur régionale ne soit pas inférieure à : a) 60 p. 100 lorsque la méthode de la valeur transactionnelle est utilisée, ou b) 50 p. 100 lorsque la méthode du coût net est utilisée » : *ACÉUM*, supra note 2, Annexe 4-B, au chapitre 87.

¹¹ Par exemple, l'*ACÉUM* prévoit qu'un « produit des chapitres 39 à 40 qui est le résultat d'une réaction chimique est considéré comme originaire si la réaction chimique a eu lieu sur le territoire de l'une ou plusieurs des Parties. Aux fins de cette règle, une « réaction chimique » est un processus (incluant les processus biochimiques) qui produit une molécule ayant une nouvelle structure en brisant les liaisons intramoléculaires et en formant de nouvelles liaisons intramoléculaires ou en modifiant la disposition spatiale des atomes dans une molécule » : *ACÉUM*, supra note 2, Annexe 4-B, à la règle 1 de la section VII.

¹² Par exemple, dans l'*ACÉUM*, la règle d'origine spécifique pour les chaussures classées aux positions 64.01 à 64.05 requiert « [u]n changement aux positions 64.01 à 64.05 de toute autre position à l'extérieur de ce groupe, sauf de la sous-position 6406.10, à la condition que la teneur en valeur régionale ne soit pas inférieure à 55 p. 100 selon la méthode du coût net » : *ACÉUM*, supra note 2, Annexe 4-B, au chapitre 64.

¹³ « En quoi consiste le *Système harmonisé (SH)*? » (dernière consultation le 05 octobre 2021), en ligne : *Organisation mondiale des douanes* <www.wcoomd.org/fr/topics/nomenclature/overview/what-is-the-harmonized-system.aspx>. Alors que 212 pays, territoires et unions économiques ou douanières utilisent le *Système harmonisé*, il est pertinent de noter qu'il y a actuellement 183 membres à l'Organisation mondiale des douanes et 160 parties contractantes à la *Convention sur le Système harmonisé*.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Affaires mondiales Canada, *Promouvoir la diversification des exportations des petites et moyennes entreprises canadiennes : une recherche quantitative et qualitative sur les accords de libre-échange*, n° de catalogue FR5-159/2019F-PDF, Ottawa, 03 juin 2019 à la p 62.

disparité entre les règles d'origine des accords commerciaux majeurs conclus par le Canada, d'autres ont plutôt tendance à complexifier le portrait des exigences à respecter par les entreprises. Comme nous le verrons plus loin, dans le secteur de l'automobile, les nouvelles règles de l'*ACÉUM* accentuent la disparité entre les accords de libre-échange.

A. Calcul de la teneur en valeur régionale

L'*ACÉUM* prévoit quelques changements au calcul de la teneur en valeur régionale¹⁷. Le premier est que le choix de la méthode de calcul (méthode de la valeur transactionnelle ou méthode du coût net) peut désormais être fait par l'importateur et non uniquement par l'exportateur ou le producteur. Cela est cohérent avec le fait que le certificat d'origine peut dorénavant être également complété par l'importateur, l'exportateur et le producteur¹⁸. Auparavant, seuls les deux derniers étaient autorisés¹⁹.

Un second aspect des dispositions de l'*ACÉUM* offre une flexibilité supplémentaire pour le calcul de la teneur en valeur régionale. Contrairement au texte de l'*ALÉNA*, celui de l'*ACÉUM* prévoit que :

Si une matière non originaire est utilisée dans la production d'un produit, les éléments suivants puissent être considérés comme contenu originaire [...] :

- a) la valeur du traitement des matières non originaires effectué sur le territoire d'une ou de plusieurs Parties;
- b) la valeur de toute matière originaire utilisée dans la production de la matière non originaire effectuée sur le territoire d'une ou de plusieurs Parties²⁰.

Ce changement s'inscrit dans la volonté de faciliter l'atteinte du seuil de teneur en valeur régionale requis. Il s'agit d'une disposition qui a également été intégrée à l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*²¹, conclu par le Canada en 2018.

B. Règle de *minimis*

L'*ACÉUM* modernise plusieurs dispositions, dont la règle de *minimis*. À l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*

¹⁷ *ACÉUM*, supra note 2, art 4.5.

¹⁸ *Ibid*, art 5.2(1).

¹⁹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, art 501 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

²⁰ *ACÉUM*, supra note 2, art 4.5(5).

²¹ *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018, art 3.6 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018), en ligne : *Affaires mondiales Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [*PTPGP*].

(*AÉCG*)²² comme au *PTPGP*²³, la règle *de minimis*, aussi appelée la règle de tolérance, prévoit qu'un produit peut se qualifier comme originaire si la valeur des matières non originaires n'excède pas 10 % de la valeur du produit. À l'*ALÉNA*, ce seuil était de 7 %²⁴ et l'*ACÉUM* l'a rehaussé au même niveau que les autres accords majeurs du Canada²⁵. La hausse du taux de 7 % à 10 % contribue à faciliter l'utilisation de cette règle puisque plus de matières non originaires peuvent entrer dans la composition du produit.

L'annexe 4-A de l'*ACÉUM* présente les exceptions à la règle *de minimis*. Pour ces exceptions, la règle *de minimis* ne peut pas être appliquée. C'est le cas de produits alimentaires comme les agrumes dans les jus de fruits ou le sucre dans la poudre de cacao²⁶. Ces exceptions sont restées globalement les mêmes que dans l'*ALÉNA*.

C. Matières récupérées

L'*ACÉUM* intègre un article du *PTPGP*²⁷ sur le traitement des matières récupérées utilisées dans la production d'un produit remanufacturé qui ne se retrouvait pas à l'*ALÉNA*. Cet article permet aux parties de

[prendre] des dispositions afin qu'une matière récupérée provenant du territoire d'une ou de plusieurs Parties soit traitée comme matière originaire lorsqu'elle est utilisée dans la production d'un produit remanufacturé et incorporée à un tel produit²⁸.

Ce concept est également présent à l'*AÉCG*²⁹.

D. Transit

À l'*ACÉUM*, l'article sur le transit et le transbordement spécifie que le produit en transit dans un État tiers doit demeurer sous le contrôle des autorités douanières pour conserver son caractère originaire³⁰. Cette disposition est similaire à celle équivalente du *PTPGP*³¹. Cette précision ne se trouvait pas explicitement dans

²² *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, 30 octobre 2016, *Protocole sur les règles d'origine et les procédures d'origine*, art 6 (application provisoire : 21 septembre 2017), en ligne : *Affaires mondiales Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-accg/text-texte/P1.aspx?lang=fra> [*AÉCG*].

²³ *PTPGP*, *supra* note 21, art 3.11.

²⁴ *ALÉNA*, *supra* note 19, art 405.

²⁵ *ACÉUM*, *supra* note 2, art 4.12.

²⁶ *Ibid.*, Annexe 4-A.

²⁷ *PTPGP*, *supra* note 21, art 3.4.

²⁸ *ACÉUM*, *supra* note 2, art 4.4.

²⁹ *AÉCG*, *supra* note 22, *Protocole sur les règles d'origine et les procédures d'origine*, art 4(1) m).

³⁰ *ACÉUM*, *supra* note 2, art 4.18.

³¹ *PTPGP*, *supra* note 21, art 3.18.

le texte de l'*ALÉNA*, mais faisait déjà partie des réglementations américaine³² et canadienne³³ sur le sujet.

III. Changements aux règles d'origine spécifiques

La plupart des règles d'origine spécifiques sont les mêmes qu'à l'*ALÉNA*. Outre les automobiles, les produits dont les règles d'origine spécifiques sont modifiées incluent certains minerais, des produits chimiques, des produits pharmaceutiques, des engrais, des produits cosmétiques, des explosifs et des biens cinématographiques³⁴. Les produits bioalimentaires des chapitres 1 à 24 du *SH* sont très peu touchés par les changements.

Plusieurs produits pour lesquels les règles d'origine spécifiques ont été modifiées prévoient la franchise de droits en vertu du tarif de la nation la plus favorisée (NPF) aux États-Unis, au Canada et au Mexique. C'est notamment le cas de nombreux engrais du chapitre 31³⁵. Outre l'obtention d'un traitement tarifaire préférentiel, il peut y avoir d'autres raisons d'utiliser les règles d'origine. En voici quelques-unes. D'une part, les produits originaires sont exclus de l'application des frais d'admission³⁶, soit la redevance pour le traitement des marchandises (RTM) aux États-Unis et le *derecho de trámite aduanero* (DTA) au Mexique. La RTM est une somme représentant 0,3464 % de la valeur des biens importés aux États-Unis qui doit être payée par l'importateur pour compenser les frais d'administration douaniers. La RTM a une valeur minimale de 27,23 dollars américains et maximale de 528,33 dollars américains par envoi³⁷. De son côté, le DTA correspond généralement à 0,8 % de la valeur du produit³⁸. D'autre part, le producteur d'un bien final qui souhaite respecter les règles de l'Accord peut demander à ses fournisseurs de biens intermédiaires de se qualifier également. En effet, la qualification des biens intermédiaires comme originaires permettra au bien final qu'ils constituent une fois assemblés de se qualifier plus facilement comme originaire. Ainsi, le producteur de ce bien pourra bénéficier des avantages qui découlent d'une telle qualification, notamment l'entrée en franchise de droits.

³² « Transshipment » (17 janvier 2018), en ligne : *U.S. Customs and Border Protection* <www.cbp.gov/trade/nafta/guide-customs-procedures/other-provisions-relating-origin/transshipment>.

³³ *Règlement sur les règles d'origine (ALÉNA)*, DORS/94-14, art 16(1).

³⁴ Gregory Spak et al., « Overview of Chapter 4 (Rules of Origin) of the US-Mexico-Canada Trade Agreement » (25 octobre 2018), en ligne : *White & Case* <www.whitecase.com/publications/alert/overview-chapter-4-rules-origin-us-mexico-canada-trade-agreement>.

³⁵ Agence des services frontaliers du Canada, *Codification ministérielle du Tarif des douanes 2021, T-2021-4*, n° de catalogue PS35-7F-PDF, Ottawa, 2021, aux pp 31-1 - 31-4 [Agence des services frontaliers]; É-U, International Trade Commission, *Harmonized Tariff Schedule of the United States*, Basic Revision 6, Washington (DC), 2021, aux pp 31-3 et 31-4, en ligne (pdf) : <www.hts.usitc.gov/view/finalCopy?release=2021HTSABasicRev6> [USITC-a].

³⁶ *ACÉUM*, *supra* note 2, art 2.16.

³⁷ « User fee - Merchandise Processing Fees » (2 novembre 2020), en ligne : *U.S. Customs and Border Protection* help.cbp.gov/s/article/Article-334?language=en_US.

³⁸ « Derecho de Trámite Aduanero » (10 avril 2015), en ligne : *Export-up, Import & Export Consulting* <www.logisticayaduanas.com.mx/derecho-de-tramite-aduanero/>.

A. Produits à forte teneur en acier du chapitre 73

Un des chapitres du *SH* où il y a le plus de changements aux règles d'origine spécifiques est le chapitre 73, qui porte sur les ouvrages en fer, fonte ou acier. Les changements à l'*ACEUM* visent certains produits d'acier de ce chapitre, principalement ceux utilisés en construction, dont les accessoires de tuyauterie, les tours, les pylônes et les ponts.

Les nouvelles règles prévoient notamment les possibilités suivantes pour qu'un produit se qualifie d'originaire. Premièrement, respecter la même obligation de changement de classification tarifaire qu'à l'*ALÉNA*, mais en excluant la possibilité qu'il soit effectué à partir d'acier laminé non originaire (position 72.08 et suivantes). Certaines règles excluent aussi la possibilité d'utiliser d'autres biens du chapitre 73 qui ne seraient pas originaires de la zone de libre-échange. Deuxièmement, effectuer un changement à partir des sous-positions des produits en acier laminé (et autres produits en acier du chapitre 72), à condition qu'au moins 70 % du poids de ces matières soit originaire. Troisièmement, respecter une prescription de teneur en valeur régionale, qui varie de 60 à 75 % selon les produits lorsque la méthode de la valeur transactionnelle est utilisée (et de 50 à 65 % pour la méthode du coût net)³⁹.

Ces nouvelles règles font en sorte que pour être qualifiés d'originaires, les produits doivent respecter un certain seuil de contenu originaire en acier. Il s'agit donc de règles plus sévères, c'est-à-dire qui requièrent un contenu nord-américain plus élevé. Selon les codes *SH* concernés, les changements entrent en vigueur deux ou trois ans après l'entrée en vigueur de l'*ACEUM*⁴⁰.

B. Transformateurs électriques et produits liés au transport ferroviaire

La volonté d'utiliser davantage d'acier en provenance de l'Amérique du Nord, qui a influencé la rédaction des nouvelles règles d'origine de l'*ACÉUM*, a des impacts pour d'autres produits que ceux mentionnés dans la section précédente. Effectivement, les transformateurs électriques, les parties de véhicules pour voies ferrées ainsi que les cadres et conteneurs spécialement conçus et équipés pour un ou plusieurs modes de transport devront également utiliser de l'acier originaire ou respecter une prescription de teneur en valeur régionale plus élevée qu'à l'*ALÉNA*⁴¹. Ces produits se trouvent dans les chapitres 85 et 86 du *SH*. Les entreprises concernées ont une période de trois à cinq ans pour se conformer à ces nouvelles obligations.

³⁹ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, au chapitre 73.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, Annexe 4-B, aux positions 85.04, 86.07 et 86.09.

C. Textiles et vêtements

Au sein de l'*ACÉUM*, les textiles et vêtements font l'objet d'un chapitre distinct qui leur est consacré et qui traite des règles d'origine et des procédures d'origine particulières s'appliquant à ces produits⁴². Par exemple, on y retrouve la disposition sur le seuil *de minimis* pour les textiles et vêtements, calculé selon le poids du produit, qui est passé de 7 % dans l'*ALÉNA*⁴³ à 10 % dans l'*ACÉUM*, avec un maximum de 7 % pour le contenu en élastomère⁴⁴.

Leurs règles d'origine spécifiques ont aussi été passablement modifiées, certaines de façon plus restrictive, alors que pour d'autres, des assouplissements ont été introduits. Parmi les règles d'origine qui ont été renforcées figurent, entre autres, celles concernant des parties spécifiques de vêtements qui doivent dorénavant utiliser des intrants fabriqués dans la zone de libre-échange afin que le vêtement fini puisse être considéré comme originaire. Ces parties sont : les poches de vêtements, le fil à coudre, les bandes élastiques étroites et les tissus enduits⁴⁵.

Dans le cas des vêtements, la règle d'origine fondamentale de l'*ACÉUM* est demeurée celle requérant la triple transformation (préférence fondée sur la provenance du fil ou *yarn-forward* en anglais)⁴⁶, mais plusieurs assouplissements ont été introduits. Par exemple, par l'ajout d'une note à la section XI, les filaments et fibres de rayonne (autre que de lyocell ou d'acétate) sont maintenant exclus de la détermination de l'origine des textiles et vêtements⁴⁷. Aussi, les règles d'origine de l'*ALÉNA* qui s'appliquaient à la doublure visible de certains vêtements, qui se retrouvaient dans les notes des chapitres 61 et 62 de cet accord et qui constituaient une condition additionnelle à respecter⁴⁸, n'ont pas été reconduites dans le texte de l'*ACÉUM*. En outre, à titre d'assouplissement supplémentaire, l'*ACÉUM* permet dorénavant que certains fils et tissus d'origine végétale de niche proviennent de pays en dehors de l'Amérique du Nord⁴⁹.

Un autre élément de l'*ACÉUM* qui sera bénéfique aux exportateurs canadiens de textiles et vêtements aux États-Unis, et qui ne se retrouvait pas à l'*ALÉNA*, est l'exemption des frais de traitement des marchandises (*Merchandise Processing Fee*) lorsque ces produits sont importés aux États-Unis en vertu du mécanisme des niveaux de préférences tarifaires (NPT)⁵⁰. Sous l'*ALÉNA*, ces

⁴² *Ibid*, aux arts 6.1 et s.

⁴³ *ALÉNA*, *supra* note 19, art 405(6).

⁴⁴ *ACÉUM*, *supra* note 2, art 6.1(2) et 6.1(3).

⁴⁵ Office of the United States Trade Representative, « United State - Mexico - Canada Trade fact sheet - Rebalancing Trade to Support Manufacturing », en ligne : *USTR* <www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/fact-sheets/rebalancing>.

⁴⁶ « L'Accord Canada-États-Unis-Mexique : analyse des répercussions économiques » (26 février 2020) à la p 31, en ligne (pdf) : *Affaires mondiales Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusma-aceum/CUSMA-impact-repercussion-fr.pdf> [*Affaires mondiales Canada*, « Accord »].

⁴⁷ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, à la note 2 de la section XI.

⁴⁸ *ALÉNA*, *supra* note 19, Annexe 401, à la note 1 des chapitres 61 et 62.

⁴⁹ *Affaires mondiales Canada*, « Accord », *supra* note 46, à la p 31.

⁵⁰ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 6-A, Section C, au para 7.

produits étaient considérés comme étant non originaires⁵¹, alors que sous l'*ACÉUM*, ils obtiennent le statut d'originaires.

D. Autres produits

Plusieurs autres produits ont vu leurs règles d'origine spécifiques modifiées à l'*ACÉUM*. C'est notamment le cas de certains minerais, de produits chimiques, d'engrais, de produits électroniques et de jeux. Par exemple, la prescription de teneur en valeur régionale pour les tricycles et les trottinettes de la position 95.03 est passée de 60 % à l'*ALÉNA*⁵² à 45 % à l'*ACÉUM* selon la méthode de la valeur transactionnelle⁵³.

Dans le secteur bioalimentaire, il y a d'abord l'exemple de la margarine produite à partir d'huile de palme non originaire, qui peut désormais bénéficier d'un traitement tarifaire préférentiel entre le Canada et les États-Unis, ce qui n'était pas le cas sous la règle d'origine spécifique de l'*ALÉNA* pour ce produit⁵⁴. On peut également mentionner l'assouplissement à la règle d'origine spécifique pour les vinaigrettes classées à la sous-position 2103.90, compte tenu que l'*ACÉUM* requiert uniquement un changement de toute autre sous-position⁵⁵. Ce changement permet désormais de respecter la règle d'origine spécifique tout en utilisant, par exemple, des levures de la position 2102 qui seraient non originaires de la zone de libre-échange.

IV. Règles d'origine spécifiques s'appliquant au secteur de l'automobile

Avant même le lancement des négociations, le président américain de l'époque, Donald J. Trump, avait indiqué son intention de resserrer les règles d'origine déjà sévères de l'*ALÉNA* dans le secteur de l'automobile⁵⁶. Son objectif s'est matérialisé, car l'*ACEUM* apporte des changements majeurs aux règles d'origine relatives aux véhicules automobiles, aux camions lourds et à leurs pièces. Ces nouvelles dispositions sont comprises dans l'appendice de l'annexe 4-B du chapitre sur les règles d'origine de l'*ACEUM*.

⁵¹ « Merchandise Processing Fee (MPF) Table » (1^{er} août 2018) à la p 1, en ligne (pdf) : *U.S. Customs and Porter Protection* <www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2018-Aug/B%20MPF%20Table%2C%20Aug%202%2C%202018.pdf> .

⁵² *ALÉNA*, *supra* note 19, Annexe 401, au chapitre 95.

⁵³ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, à la position 95.03.

⁵⁴ *Affaires mondiales Canada*, « Accord », *supra* note 46, à la p 26.

⁵⁵ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, à la sous-position 2103.90.

⁵⁶ Greg Layson et The Canadian Press, « Trump seeks changes to rules of origin in NAFTA » (17 juillet 2017), en ligne : *Automotive News Canada* <www.canada.autonews.com/article/20170717/CANADA/170719764/trump-seeks-changes-to-rules-of-origin-in-nafta>.

Rappelons que le secteur de l'automobile est d'une importance majeure en Amérique du Nord et que la zone de libre-échange régionale joue un rôle clé pour assurer sa compétitivité. En 2019, le Canada a exporté plus de 50 milliards de dollars en valeur de véhicules automobiles vers les États-Unis⁵⁷; presque 100 % de ces exportations ont utilisé le tarif préférentiel de l'ALÉNA⁵⁸. Pour ce faire, les véhicules devaient être conformes aux règles d'origine de l'ALÉNA et respecter une teneur en valeur régionale d'au moins 62,5 %⁵⁹. Pour demeurer compétitives, les chaînes d'approvisionnement des fabricants doivent à la fois permettre de respecter les règles d'origine et d'obtenir les pièces adéquates aux meilleurs prix.

Les règles d'origine de l'ACÉUM qui ont connu les plus gros changements par rapport à celles de l'ALÉNA sont celles qui visent les véhicules automobiles dits « de promenade », les *pick-up*, les camions lourds, ainsi que les pièces de ces trois catégories. Les règles d'origine pour les autres catégories de véhicules, comme les autobus, les habitations motorisées, les motoneiges, les motocyclettes, les tracteurs, les véhicules à usages spéciaux et les véhicules tout-terrain⁶⁰, sont relativement similaires à celles de l'ALÉNA⁶¹.

A. Augmentation de la teneur en valeur régionale pour les automobiles (véhicules de promenade) et les *pick-up*

Pour les automobiles et les *pick-up*, la prescription de teneur en valeur régionale augmente graduellement sur une période de trois ans, passant de 62,5 à 75 % selon la méthode du coût net⁶². L'utilisation de la méthode de la valeur transactionnelle n'est pas possible pour ces véhicules, bien qu'elle le soit pour leurs pièces.

Sur la même période, soit du 1^{er} juillet 2020 au 1^{er} juillet 2023, les pièces de ces véhicules voient également leur prescription de teneur en valeur régionale augmenter : i) à 75 % selon la méthode du coût net (85 % selon la méthode de la valeur transactionnelle) pour les composantes essentielles, soit le moteur, la transmission, la carrosserie, les châssis, l'essieu, les systèmes de suspension, la direction et la batterie de pointe⁶³; ii) à 70 % selon la méthode du coût net (80 % selon la méthode de la valeur transactionnelle) pour les parties principales, comme les démarreurs et les freins⁶⁴; iii) à 65 % selon la méthode du coût net (75 % selon la méthode de la valeur transactionnelle) pour les parties complémentaires, comme les tuyaux et les phares⁶⁵.

⁵⁷ Ce montant concerne les véhicules classés à la position 87.03, excluant les véhicules se déplaçant sur la neige et ceux ayant un moteur Diesel qui ne sont pas visés par les nouvelles règles de l'ACÉUM.

⁵⁸ United States International Trade Commission, « Trade Statistics », en ligne : *DataWeb* <dataweb.usitc.gov/> [USITC-B].

⁵⁹ ALÉNA, *supra* note 19, art 403.

⁶⁰ ACÉUM, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, art 1, à la note de bas de page 53.

⁶¹ *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 10.

⁶² *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 3(1).

⁶³ *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 3(2).

⁶⁴ *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 3(4).

⁶⁵ *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 3(5).

De plus, pour qu'une automobile ou un *pick-up* soit considéré comme originaire, les pièces dites essentielles doivent obligatoirement être originaires. Ces pièces doivent donc respecter la prescription de teneur en valeur régionale mentionnée plus haut⁶⁶. Au choix du producteur du véhicule, cette exigence de contenu originaire de la zone de libre-échange pour les pièces essentielles peut être calculée : i) en additionnant la valeur de toutes les pièces essentielles pour les considérer comme un seul produit; ii) de manière séparée pour chaque pièce essentielle; iii) ou en vérifiant la valeur de toute composante majeure⁶⁷ non originaire utilisée dans la production des pièces essentielles⁶⁸.

Cependant, les batteries qui servent de source principale pour l'alimentation d'une automobile électrique bénéficient d'une règle alternative. En effet, la batterie peut satisfaire à la prescription de teneur en valeur régionale comme les autres pièces essentielles, mais elle peut également respecter les règles d'origine en satisfaisant à l'exigence de changement de classification tarifaire applicable⁶⁹.

Pour certaines pièces, les pneus par exemple, les règles d'origine demeurent globalement les mêmes à l'ACÉUM qu'à l'ALÉNA⁷⁰. En 2019 et en 2020, 98 % des exportations canadiennes de pneus classés à la position 40.11 sont entrées aux États-Unis en bénéficiant du tarif préférentiel de l'ALÉNA ou de l'ACÉUM⁷¹. Les États-Unis appliquent un tarif NPF de 4 % à l'importation de pneus utilisés sur des automobiles, des camions ou des autobus⁷². Pour ces mêmes produits, le tarif NPF appliqué est de 7 % pour le Canada⁷³ et de 15 % pour le Mexique⁷⁴. Ces tarifs relativement élevés appliqués par les trois pays partenaires confirment l'importance du respect des règles d'origine pour le commerce des pneus en Amérique du Nord.

B. Augmentation de la teneur en valeur régionale pour les camions lourds

À la différence des automobiles, pour lesquelles le tarif NPF américain est de 2,5 %, celui des camions lourds et des *pick-up* peut atteindre 25 %⁷⁵. Le tarif canadien applicable à l'importation de ces produits est de 6,1 %⁷⁶ et celui du Mexique est

⁶⁶ *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 3(3).

⁶⁷ Les composantes majeures des pièces essentielles sont identifiées à la colonne 2 du tableau A.2 de l'Appendice sur les dispositions relatives aux règles d'origine spécifiques s'appliquant aux produits automobiles : ACÉUM, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, tableau A.2.

⁶⁸ ACÉUM, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, art 3.

⁶⁹ *Réglementation uniforme*, *supra* note 5, art 14(6).

⁷⁰ ACÉUM, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, tableau F.

⁷¹ USITC-b, *supra* note 58.

⁷² USITC-a, *supra* note 35 à la p 40.14. Voir les codes 4011.10.10 et 4011.20.10.

⁷³ Agence des services frontaliers, *supra* note 35 aux pp 40-9.

⁷⁴ Organisation mondiale du commerce, « Mexico - Applied tariff », en ligne : *Tariff Analysis Online* <www.tao.wto.org/report/TariffLines.aspx> [Organisation mondiale du commerce].

⁷⁵ USITC-a, *supra* note 35 aux pp 87-10 et 87-11. C'est notamment le cas pour les véhicules classés aux sous-positions suivantes : 87.04.21 (*pick-up*), 87.04.23, 87.04.32 et 87.04.90 ainsi qu'à la classification tarifaire 8704.22.50.

⁷⁶ Agence des services frontaliers, *supra* note 35 aux pp 87-10.

généralement de 20 %⁷⁷. Il est beaucoup plus difficile, voire impossible, pour un bien de rester concurrentiel après s'être vu imposer un droit de douane de 20 ou 25 %. Les conséquences de ne pas respecter les règles d'origine peuvent donc être significatives pour les fabricants de ces produits.

La période pour se conformer aux nouvelles prescriptions de teneur en valeur régionale, soit sept ans après l'entrée en vigueur de l'*Accord*, est plus longue que celle des automobiles. La prescription de teneur en valeur régionale augmente graduellement de 60 à 70 % pour les camions lourds et de la manière suivante pour les pièces de ceux-ci : i) à 70 % pour les parties principales utilisées, comme les moteurs et les systèmes de suspension; ii) à 60 % pour les parties complémentaires utilisées, comme les batteries et les systèmes de freinage⁷⁸.

C. Seuil minimal en aluminium et en acier

L'*ACÉUM* stipule que 70 % de l'aluminium et 70 % de l'acier acheté par les fabricants d'automobiles, de *pick-up* et de camions doivent être originaires d'Amérique du Nord. Ces achats d'acier et d'aluminium comprennent à la fois les achats directs, les achats effectués auprès d'un centre de services et les achats réalisés auprès d'un fournisseur⁷⁹.

De plus, en matière d'aluminium et d'acier, l'*ACÉUM* prévoit que : i) les parties s'efforcent de fournir toute description complémentaire concernant l'acier et l'aluminium, s'il y a lieu, pour faciliter l'application de ces exigences; ii) à la demande d'une partie, les parties discutent et conviennent de toute modification qu'il y a lieu d'apporter à la description relative à l'acier et à l'aluminium; iii) les parties indiquent dans la réglementation uniforme⁸⁰ toute description complémentaire relativement à l'acier et l'aluminium⁸¹.

Le 10 décembre 2019, les parties ont annoncé la conclusion d'un protocole d'amendement de l'*ACÉUM*, qui contient une définition de l'acier originaire⁸². Cette définition indique que :

pour que l'acier puisse être considéré comme étant originaire aux termes du présent article⁸³, tous les procédés de fabrication de l'acier doivent avoir lieu

⁷⁷ Organisation mondiale du commerce, *supra* note 74.

⁷⁸ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, art 3.

⁷⁹ *Ibid*, Annexe 4-B, Appendice, art 6.

⁸⁰ En vertu de l'article 5.16 de l'*ACÉUM* : « Les Parties adoptent ou maintiennent, à l'entrée en vigueur du présent accord, par leurs lois et règlements respectifs, une Réglementation uniforme portant sur l'interprétation, l'application et l'administration du présent chapitre, du chapitre 4 (Règles d'origine), du chapitre 6 (Produits textiles et vêtements), du chapitre 7 (Administration des douanes et facilitation des échanges) et de toute autre question selon ce qui peut être décidé par les Parties ».

⁸¹ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, art 6(3).

⁸² « Le Canada signe un accord concernant les modifications proposées au nouvel ALENA » (10 décembre 2019), en ligne : *Premier ministre du Canada* <www.pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2019/12/10/canada-signe-accord-concernant-les-modifications-proposees-au>.

⁸³ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, art 6.

sur le territoire de l'une ou de plusieurs des Parties, à l'exception des procédés métallurgiques comportant l'affinage des additifs d'acier. Ces procédés englobent la première fusion et le premier brassage, jusqu'à l'étape de revêtement. La présente exigence ne s'applique pas aux matières premières utilisées dans la fabrication de l'acier, y compris les débris d'acier, les minerais de fer, les fontes brutes, les minerais de fer réduits, traités ou transformés en boulettes, ou les alliages bruts⁸⁴.

Cette définition, qui entrera en vigueur sept ans après l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*, est plus stricte que celles des règles d'origine spécifiques. Les règles d'origine spécifiques exigent des changements de classification tarifaire assez souples. Par exemple, ces changements permettent que de l'acier non allié en lingots (position 72.06), importé d'un pays hors de la zone de libre-échange, devienne de l'acier originaire s'il est transformé en produit laminé plat en acier non allié (position 72.11)⁸⁵. Après sept ans, la définition du *Protocole d'amendement* ne permettra pas qu'un produit ayant subi un tel changement soit considéré comme originaire pour l'atteinte du seuil de 70 % d'achats en acier des fabricants d'automobiles, de *pick-up* et de camions lourds.

En ce qui concerne l'aluminium, le *Protocole d'amendement* prévoit que, dix ans après l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*, les parties examineront les exigences qui sont appropriées et dans l'intérêt des parties pour que l'aluminium puisse être considéré comme étant originaire⁸⁶. Les parties ont précisé, dans la *Réglementation uniforme*, les pièces qui doivent être prises en considération pour respecter la teneur en valeur régionale de 70 % des achats d'acier et d'aluminium effectués par les producteurs automobiles⁸⁷. Pour ce faire, les sous-positions appropriées du *SH* ont été convenues entre les parties. La *Réglementation uniforme* spécifie notamment que le calcul des achats des producteurs doit inclure « les achats d'acier et d'aluminium pour les estampages principaux servant à former la “caisse en blanc”, ou le cadre de châssis, peu importe que ce soit le producteur de véhicule ou le producteur de pièces qui fait ces achats »⁸⁸.

D. Exigences sur le salaire moyen

L'*ACÉUM* innove et intègre un seuil de teneur en valeur-travail de 40 % pour les automobiles qui doit être atteint à compter du 1^{er} juillet 2023. Ce seuil, qui a débuté à 30 % le 1^{er} juillet 2020, fonctionne au moyen d'un système de points de pourcentage qui comptabilise les dépenses effectuées par des travailleurs à rémunération élevée (dont le salaire moyen est d'au moins 16 dollars américains ou 20,88 dollars canadiens)

⁸⁴ *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, 10 décembre 2019, RT Can 2020 n° 6, art 2 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*Protocole d'amendement*].

⁸⁵ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, au chapitre 72.

⁸⁶ *Protocole d'amendement*, *supra* note 84, art 2.

⁸⁷ *Règlement sur les règles d'origine (ACEUM)*, DORS/2020-155, art 17.

⁸⁸ *Ibid.*, art 17(3).

et qui sont liées : i) à la fabrication de pièces ou de matières autoproduites par les producteurs automobiles ou encore importées ou achetées par ceux-ci; ii) à des activités de recherche et développement ou de technologies de l'information; iii) au montage des véhicules⁸⁹.

Pour les *pick-up* et les camions lourds, depuis le 1^{er} juillet 2020, les producteurs de véhicules doivent certifier qu'ils respectent un seuil de teneur en valeur-travail de 45 %⁹⁰. Pour les camions lourds dont la production respecte cette disposition, l'*Accord* prévoit la possibilité de transférer des « points de valeur-travail » à la prescription de teneur en valeur régionale et de faciliter ainsi l'atteinte de cette dernière⁹¹. Cette flexibilité ne s'applique pas aux *pick-up*. Ces exigences sur le salaire moyen ainsi que la flexibilité accordée pour les camions lourds favorisent le Canada et les États-Unis, où les salaires sont plus élevés qu'au Mexique⁹².

Ce survol des modifications engendrées par l'*ACÉUM* illustre la manière dont la libéralisation prévue dans les accords de libre-échange est strictement encadrée par les règles d'origine, particulièrement en ce qui concerne les produits d'intérêt pour les États. Les produits d'acier, les produits du secteur bioalimentaire, les véhicules automobiles, ainsi que les textiles et vêtements sont des produits d'intérêt dont les échanges et la production sont balisés pour assurer à chaque État membre de l'*Accord* que ce dernier contribue à l'essor de leurs industries respectives.

Dans un article publié dans l'*American Economic Review*, les auteurs concluent, sur la base d'une analyse des règles d'origine de l'*ALENA*, que les règles d'origine préférentielles des accords commerciaux peuvent violer les règles commerciales multilatérales⁹³. Ceux-ci soutiennent qu'elles augmentent considérablement le niveau de protection auquel sont confrontés les non membres, notamment les fournisseurs de biens intermédiaires intégrés dans des produits pour lesquels un traitement préférentiel sera demandé. Est-ce effectivement le cas? Ou est-ce que les règles d'origine de l'*ACÉUM* sont un simple produit de leur époque, influencées par une volonté de favoriser des chaînes d'approvisionnement nord-américaines stables et respectueuses de certaines valeurs?

Et si les règles d'origine sont un produit de leur époque, est-ce que celles de l'*ACÉUM* permettent effectivement un renforcement des chaînes d'approvisionnement nord-américaines? Si les coûts pour être conforme aux règles d'origines sont trop

⁸⁹ *Ibid*, art 18(1).

⁹⁰ *Ibid*, art 18(2).

⁹¹ *ACÉUM*, *supra* note 2, Annexe 4-B, Appendice, art 7(6).

⁹² « Le point sur le secteur de l'automobile et l'ALENA » (février 2017), en ligne (pdf) : *Unifor* <www.uniforquebec.org/fr/file/635/download?token=mbjj3naj>.

⁹³ Paola Conconi et al., « From Final Goods to Inputs : The Protectionist Effect of Rules of Origin » (2018) 108:8 *American Economic Rev* 2335 aux pp 2362-2363.

élevés, l'avantage comparatif d'obtenir un tarif préférentiel avec l'*ACÉUM* disparaît. L'*ACÉUM* contient des dispositions particulièrement complexes dont les coûts pourraient être élevés pour les utilisateurs. Les prochaines années mettront à l'épreuve les règles d'origine de l'*ACÉUM* et permettront l'évaluation de leurs impacts sur les chaînes d'approvisionnement des secteurs visés par des modifications par rapport à l'*ALÉNA*.

Rappelons aussi que les règles d'origine de l'*ACÉUM* peuvent être modifiées⁹⁴, comme l'ont été celles de l'*ALÉNA*, pour

mieux refléter les changements dans les méthodes de production et d'approvisionnement ainsi que pour être en accord avec les changements périodiques au Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises⁹⁵.

Il importe donc que les parties prenantes soient vigilantes pour s'assurer que les règles d'origine de l'*ACÉUM* demeurent actuelles malgré les évolutions technologiques qui affectent les processus de production et les changements environnementaux qui influencent la disponibilité de certaines ressources en Amérique du Nord. Une certaine vigilance est déjà requise pour suivre l'actuel conflit d'interprétation entre le Canada et le Mexique face aux États-Unis sur la méthode de comptabilisation de l'origine de certaines pièces essentielles dans le calcul du pourcentage d'un véhicule originaire de la zone nord-américaine⁹⁶. Les règles d'origine semblent parfois arides et rébarbatives, mais elles peuvent générer des gains majeurs à ceux qui savent les utiliser et elles méritent d'être suivies au fil des ans puisqu'elles sont appelées à être ajustées pour s'adapter au contexte. Témoin évolutif des priorités des États, elles ont un rôle essentiel pour assurer des gains économiques aux pays qui prennent part à un accord de libre-échange régional.

⁹⁴ *ACÉUM*, *supra* note 2, art 5.18.

⁹⁵ « Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) - Règles d'origine » (1^{er} octobre 2018), en ligne : *Affaires mondiales Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/tech-rect.aspx?lang=fra>.

⁹⁶ Eric Martin et Keith Laing, « U.S. Clashes with Mexico, Canada on Car Rules in USMCA Risk » (16 juillet 2021), en ligne : *Bloomberg* <www.bloomberg.com/news/articles/2021-07-16/u-s-clashes-with-mexico-canada-on-car-rules-in-risk-to-usmca>.

L'AMÉRIQUE DU NORD, UN ESPACE TOUJOURS PLUS INTÉGRÉ. L'ACÉUM ET LA COOPÉRATION RÈGLEMENTAIRE

*Christian Deblock**

L'ALÉNA était un accord d'intégration en profondeur, orienté vers la création d'un espace économique unique en Amérique du Nord. L'ACÉUM poursuit et élargit cette dynamique, notamment en abordant de front le problème de la réglementation et de l'interopérabilité des systèmes réglementaires. L'ACÉUM ne se contente plus de l'aborder sous l'angle des barrières non tarifaires comme dans l'ALÉNA : premièrement, il fait de la reconnaissance mutuelle et de la convergence réglementaire une ligne de conduite qui traverse tous les chapitres de l'accord; deuxièmement, il présente un *modus operandi* dans un chapitre particulier consacré aux bonnes pratiques; et troisièmement, il soumet la coopération réglementaire aux disciplines commerciales, donnant même accès sous certaines conditions au mécanisme de règlement des différends. L'auteur revient sur ces trois éléments dans l'article qui suit, pour s'interroger, en conclusion, sur le respect des choix collectifs dans un contexte de convergence réglementaire commerciale.

NAFTA was a deep integration agreement geared towards creating a single economic space in North America. *CUSMA* continues and expands this dynamic, in particular by addressing head-on the problem of regulation and interoperability of regulatory systems. *NAFTA* addresses it from the point of view of non-tariff barriers. *CUSMA* goes much further: first, it makes mutual recognition and regulatory convergence a line of conduct crossing all chapters; secondly, it presents a *modus operandi* in a specific chapter devoted to good practices; and third, it brings regulatory cooperation under trade disciplines, even giving access under certain conditions to the dispute settlement mechanism. The author takes up these three elements in the following article. In conclusion, he wonders about respect for collective choices in a context of trade regulatory convergence.

El *TLCAN* fue un acuerdo de integración profunda, destinado a crear un espacio económico único en América del Norte. El *T-MEC* continúa y amplía este enfoque, en particular abordando la cuestión de la regulación y la interoperabilidad de los sistemas normativos. El *T-MEC* ya no lo aborda simplemente desde la perspectiva de las barreras no tarifarias como en el *TLCAN*: en primer lugar, hace del reconocimiento mutuo y de la convergencia reglamentaria un principio rector que recorre todos los capítulos del acuerdo; en segundo lugar, presenta un *modus operandi* en un capítulo específico dedicado a las buenas prácticas; y en tercer lugar, somete la cooperación reglamentaria a las disciplinas comerciales, dando incluso acceso, bajo ciertas condiciones, al mecanismo de solución de diferencias. El autor retoma estos tres elementos en el siguiente artículo, y concluye preguntándose si se respetan las decisiones colectivas en un contexto de convergencia normativa comercial.

* Professeur honoraire au département de science politique de l'Université du Québec à Montréal et chercheur au Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM). L'auteur remercie Richard Ouellet et Stéphane Paquin pour leurs remarques et commentaires pertinents.

La coopération réglementaire internationale (CRI)¹ a déjà une longue histoire à l'OCDE². Acteur aujourd'hui incontournable³, son action porte sur l'amélioration des processus, méthodes et autres instruments réglementaires et, de plus en plus, sur les incidences et impacts des réglementations sur les relations économiques internationales. L'OCDE met l'accent sur la cohérence, de qualité et d'efficacité des processus réglementaires. Dans cette perspective, l'organisation préconise : 1) une approche centralisée au plus haut niveau, 2) une politique coordonnée des mandats des différents organismes de réglementation, 3) la transparence des processus et la participation des parties prenantes, 4) le recours aux analyses d'impact dès le début du processus, et 5) l'examen systématique des résultats des principales réglementations. La coopération internationale fait partie intégrante de ce travail de coordination. Ainsi, dans les Principes de 2012⁴, est-il recommandé aux membres de l'OCDE de « prendre en considération [lors de l'élaboration des mesures réglementaires] l'ensemble des normes et des cadres internationaux pertinents pour permettre la coopération dans le domaine concerné et, le cas échéant, leurs effets possibles sur les parties situées hors du territoire où la réglementation est applicable »⁵. La démarche préconisée ne s'écarte pas de celle qui anime l'esprit des réformes réglementaires; elle l'élargit en invitant les gouvernements et les régulateurs nationaux à tenir compte des instruments internationaux et à coopérer entre eux, d'abord pour réduire les effets indésirables des réglementations sur les échanges, les entreprises et les autres Parties, mais aussi pour rapprocher leurs normes et leurs pratiques. Pourtant, en dépit de nombreux efforts dans ce sens, l'OCDE est bien obligée de reconnaître que « l'internationalisation de la réglementation n'a pas suivi le rythme de la mondialisation », et ce même si l'importance de la coopération réglementaire internationale semble de mieux en mieux reconnue à l'échelle mondiale »⁶.

¹ Nous utilisons l'expression « coopération réglementaire internationale » plutôt que celle de « coopération internationale en matière de réglementation » utilisée par l'UE et que l'on retrouve dans l'*AECC*. Outre sa concision, elle a aussi l'avantage d'être utilisée par l'OCDE dans ses travaux et documents officiels.

² Voir à ce sujet, le document de l'OCDE, *Regulatory Cooperation for an Interdependent World*, Paris, OECD Publishing, 1994.

³ Précisons qu'elle n'est pas la seule organisation internationale, publique ou privée, à traiter de la question. Outre le fait qu'elle travaille de concert non seulement avec les autres organisations, mais aussi avec les régulateurs de pays qui n'en sont pas membres, l'OCDE veut donner à son action une portée générale et inciter les États à adopter de bonnes pratiques et à coordonner leurs activités dans ce domaine. Comme organisation économique d'inclinaison libérale et pro-marché, l'OCDE est surtout concernée par l'impact négatif que peuvent avoir les réglementations sur l'économie et le commerce international.

⁴ La dimension internationale était déjà affirmée dans les principes de 1995 et de 2005. Il faut noter, par contre, que les principes de 2012 renouent avec l'esprit de 1995, de portée générale. Il était ainsi recommandé d'accorder « une attention toute particulière à la qualité et à la transparence des réglementations qui peuvent avoir des effets sur d'autres pays, sur le commerce international, l'investissement ou d'autres aspects des relations internationales » (4^e recommandation). Alors que ceux de 2005 étaient clairement orientés vers la suppression « des obstacles réglementaires inutiles aux échanges et à l'investissement en poursuivant la libéralisation et prendre davantage en compte et mieux intégrer l'ouverture des marchés dans l'ensemble du processus réglementaire, de façon à renforcer l'efficacité économique et la compétitivité » (principe 6).

⁵ OCDE, *Recommandation du conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, OCDE, 2012 à la p 22. La recommandation 12 se détaille en sept (7) points. Elle invite, entre autres, les États à prendre en considération la CRI et les cadres réglementaires internationaux dans leur planification réglementaire, à coopérer entre eux et à être ouverts à la consultation réciproque.

⁶ L'OCDE jette un regard un peu désabusé sur le problème. Non seulement, constate l'organisme, « aucun pays n'a encore mis au point de socle stratégique ou juridique d'ensemble cimentant sa vision et sa politique publique dans le domaine de la coopération réglementaire », mais qui plus est, « en dépit d'une

La CRI se heurte effectivement à de nombreux obstacles, et ceux-ci sont nombreux. Les routines administratives sont sans doute les plus importantes, mais n'oublions pas pour autant les résistances nationales et l'opposition des ONG⁷. Inquiètes des atteintes au bien commun et aux politiques publiques, ces dernières ont tendance à s'opposer à son extension, notamment lorsqu'elle est associée au libre-échange et intégrée aux accords commerciaux régionaux (ACR)⁸. Ajoutons deux autres problèmes. Premièrement, il n'est pas facile de définir clairement le pourtour d'une coopération internationale, que l'on a pu comparer à un labyrinthe⁹, et ce même si des classifications ont récemment été proposées¹⁰. Et deuxièmement, il n'est pas toujours possible lors de l'examen d'une réglementation de tracer une ligne de démarcation nette entre ce qui relève de l'intérêt public et ce qui relève du protectionnisme, surtout lorsqu'il n'existe pas de standards internationaux¹¹.

prise de conscience croissante, la mise en œuvre de la CRI reste embryonnaire ». Voir encore : « En pratique, la plupart des pays n'appliquent pas de procédures impliquant les parties prenantes étrangères ». OCDE, *Politique de la réglementation : Perspectives de l'OCDE 2018*, Paris, Éditions OCDE, 2018 à la p 136.

⁷ Pour un bon aperçu des débats, voir le rapport présenté par Option Consommateurs au Bureau de la consommation d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada, « La protection du consommateur dans les activités de coopération réglementaire internationale au Canada » (juin 2019), en ligne (pdf) : <<https://option-consommateurs.org/wp-content/uploads/2020/04/oc-811412-cri-rapport-fr-1-1.pdf>>.

⁸ Voir à ce sujet Stuart Trew, *International Regulatory Cooperation and the Public Good. How "good regulatory practices" in trade agreements erode protections for the environment, public health, workers and consumers*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternative, 2019.

⁹ Fabrizio Caffagi et Andrea Renda, « Public and Private Regulation. Mapping the Labyrinth » (2012) CEPS Working Paper No 370.

¹⁰ La CNUCED a proposé une classification qu'a reprise l'OCDE. Elle divise les réglementations en trois catégories : les mesures techniques, les mesures non-techniques et les exportations. La première catégorie couvre trois types de réglementations : 1) mesures sanitaires et phytosanitaires; 2) obstacles techniques au commerce; 3) inspection avant expédition et autres formalités. La seconde, douze : 4) mesures de circonstance visant à protéger le commerce; 5) régime de licences non automatiques, contingents, interdictions et mesures de contrôle quantitatif autres que pour des raisons SPS ou OTC; 6) mesures de contrôle des prix, y compris droits et taxes additionnels; 7) mesures financières; 8) mesures anticoncurrentielles; 9) mesures concernant les investissements et liées au commerce; 10) restrictions de la distribution; 11) restrictions des services après-vente; 12) subventions (non compris les subventions à l'exportation visées); 13) restrictions visant les marchés publics; 14) propriété intellectuelle; 15) règles d'origine. Et la troisième, une seule : 16) mesures liées à l'exportation. Les mesures dites « non-techniques » couvrent des objets aussi variés que fort différents les uns des autres, mais la classification a au moins l'avantage de permettre d'y voir plus clair (CNUCED, *Classification internationale des mesures non-tarifaires*, New York, NU, 2015).

¹¹ Un bon exemple de ce dilemme nous est donné avec le cas des limites maximales de résidus (LMR) de pesticides pour lesquelles il n'existe pas de normes mondiales en la matière. De nombreuses études ont ainsi été menées pour déterminer dans quelle mesure l'application de normes élevées peut constituer une forme déguisée de protectionnisme. D'une manière générale, les études ne sont pas très concluantes. Par contre, on relèvera que : 1) dans les pays où les normes sont élevées, l'impact sur les importations est significatif mais à l'inverse, il l'est aussi sur les exportations; 2) l'UE est plus exigeante en matière de standards pour les produits agricoles qu'elle produit beaucoup pour son marché intérieur que pour les produits pour lesquels elle doit se tourner vers les importations; et 3) les ACR tendent à harmoniser les normes, mais aussi à créer des modèles concurrents, au détriment des pays en développement. Une étude américaine sur les effets protectionnistes des LMR. Li et Beghin montrent de leur côté que l'indice est sensiblement le même pour les États-Unis (0,98) et le Mexique (0,99) alors que celui du Canada (1,45) est sensiblement le même que celui de l'UE (1,51). Yuan Li et John C. Beghin, « Protectionism indices

La voie des ACR offre des possibilités de progresser¹². Ou du moins de faire progresser la CRI pour les besoins du commerce. C'est dans ce sens d'ailleurs que, sans en porter le nom, la *coopération réglementaire* avait commencé à être abordée dans le cadre de l'*ALÉNA*¹³, mais, à défaut d'y trouver des réponses adéquates, les Parties se sont finalement rabattues dans les années 2010 sur la coopération bilatérale et le dialogue renforcé entre régulateurs¹⁴. L'*ACÉUM*¹⁵ fait fond de cette coopération et, outre les nombreux ajouts et autres modifications apportés aux dispositions réglementaires, introduit un chapitre distinctif sur les bonnes pratiques et la coopération réglementaire. C'est le chemin parcouru de l'*ALÉNA* à l'*ACÉUM* que je me propose de retracer dans les pages qui suivent.

L'*ALÉNA* était fondamentalement un accord d'intégration en profondeur; l'*ACÉUM* s'inscrit dans la même perspective, mais pousse plus loin encore cette intégration pour l'élargir à de nouveaux domaines, dont la coopération réglementaire. L'argument que je développerai sera le suivant : en formalisant la coopération réglementaire dans un chapitre particulier, les Parties ont non seulement voulu coordonner et centraliser une question que l'*ALÉNA* n'avait abordée que de manière transversale; elles ont surtout voulu soutenir une dynamique d'harmonisation réglementaire qui va dans le sens d'une intégration toujours plus profonde des marchés en Amérique du Nord. Ce sont les contours et les transformations de cette coopération que je tenterai de préciser dans les deux parties qui composent cet article.

I. L'*ALÉNA*, un accord d'intégration en profondeur

Le GATT de 1947 avait pour objectif d'ouvrir les marchés en s'attaquant d'abord aux tarifs puis, très vite, au fur et à mesure que les tarifs baissaient, aux barrières non tarifaires, et notamment aux mesures, normes et réglementations techniques, sanitaires ou autres qui, par leur hétérogénéité, leur complexité ou leur opacité pouvaient devenir un obstacle important au commerce, voire constituer une forme, déguisée ou non, de protectionnisme. Le Cycle d'Uruguay a marqué un tournant

for non-tariff measures: An application to maximum residue levels » (2014) 45 *Food Policy* 57; Fatima Olanike Kareem, Inmaculada Martinez-Zarzoso, et Bernhard Brümmer, « Protecting Health or Protecting Imports? Evidence from Sanitary and Phytosanitary Measures » (2016) *Global Food Discussion Paper* No 241267; Liliana Foletti et Anirudh Shingal, « Stricter Regulation Boosts Exports: The Case of Maximum Residue Levels in Pesticides » (2014) *MPRA Paper* No 59895.

¹² Voir à ce sujet, Céline Kauffmann et Camila Saffirio, « Good regulatory practices and co-operation in trade agreements: A historical perspective and stocktaking » (2021) *OECD Regulatory Policy Working Paper* No 14; Rodrigo Polanco Lazo et Pierre Sauvé, « The Treatment of Regulatory Convergence in Preferential Trade Agreements » (2018) 17:4 *World T Rev* 575.

¹³ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

¹⁴ Nous empruntons la formule à Pascal Lamy : Richard Hiault, « Interview : Le Traité transatlantique est un accord troisième génération », *Les Échos*, 20 octobre 2015.

¹⁵ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 18 décembre 2018, RT Can 2020 n° 7 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*ACÉUM*].

dans cette évolution avec la signature de deux accords majeurs¹⁶ : l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (OTC) et l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* (SPS). Les avancées couvrent également d'autres domaines réglementaires. Trois autres accords furent également signés à Marrakech en 1994 : l'*Accord sur l'évaluation en douane*, l'*Accord sur les règles d'origine*, et l'*Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce*. Et plus récemment, l'*Accord sur la facilitation des échanges* entré en vigueur en février 2017.

Les ACR comportent de nombreuses dispositions qui élargissent le périmètre d'action contre les barrières non tarifaires¹⁷. L'*ALÉNA* va évidemment dans cette direction. Comme tout accord de libre-échange, il est d'abord et avant tout orienté vers l'élimination des obstacles, tarifaires ou non, à la libre circulation des marchandises, mais aussi, ce qui était plus nouveau, des services et des capitaux, voire des gens d'affaires. Mais son originalité ne vient pas de là. Elle vient du fait que l'accord : 1) comporte des dispositions qui feront modèle et serviront de base à nombre d'accords multilatéraux alors négociés dans le cadre du Cycle de l'Uruguay, et 2) introduit un nouveau modèle d'intégration, orienté vers l'intégration corporative et non plus vers l'intégration territoriale.

A. L'*ALÉNA* et la coopération réglementaire

On retrouve dans l'*ALÉNA* un certain nombre de dispositions transversales en matière de réglementation, mais ce sont surtout les trois chapitres portant spécifiquement sur les barrières non tarifaires qui attirent l'attention : le chapitre 5 sur les procédures douanières, le chapitre 7 qui couvre à la fois l'agriculture et les mesures sanitaires et phytosanitaires, et la partie III qui traite des obstacles techniques au commerce, mais dans le cadre d'un seul chapitre, mais très détaillé, le chapitre 9 intitulé « Mesures normatives ». Par-delà les règles et méthodes prescrites, la coopération est au centre du dispositif qui est mis en place pour voir à leur application ainsi qu'à la compatibilité des procédures et mesures normatives. Il s'agit aussi de favoriser les consultations, d'améliorer l'efficacité des processus normatifs et de faire évoluer les procédures. Cette coopération s'inscrit dans trois cadres : 1) un groupe de travail sur les règles d'origine et d'un sous-groupe des questions douanières pour les procédures douanières (art 513); 2) un Comité des mesures normatives (CMN) chapeautant quatre sous-comités, respectivement sur les normes relatives au transport terrestre, aux télécommunications, les normes automobiles et sur l'étiquetage des produits textiles et

¹⁶ Mentionnons l'*Accord sur les licences d'importation* de 1979.

¹⁷ En même temps, du fait même qu'ils sont préférentiels et exclusifs, ces accords ont multiplié les règles particulières, notamment les règles d'origine au point que Jagdish Bhagwati ait pu parler à leur propos de bol de spaghettis. Jagdish Bhagwati, « US Trade Policy : The Infatuation with FTAs » (1995) Columbia University Discussion Paper No 726. Outre les problèmes relatifs à l'harmonisation des règles, le développement des échanges internationaux en a fait surgir de nouveaux, notamment celui du lieu d'origine des produits. *ALÉNA*, *supra* note 13 au chapitre IV. Les règles d'origine s'y retrouvent et les règles spécifiques à l'annexe 401. Le problème restait cependant limité au moment des négociations de l'*ALÉNA* dans la mesure où l'essentiel du commerce du Canada et le Mexique était concentré sur les États-Unis. Je renvoie le lecteur à l'article de Florence G. Théberge et Étienne Hivon dans ce numéro.

des vêtements et tout autre sous-comité ou groupe de travail qu'il jugera approprié de créer (art 911. « Coopération technique »); 3) trois comités, sur les produits agricoles (art 706. « Comité du commerce des produits agricoles »), sur les différends commerciaux privés concernant les produits agricoles (art 707), et le Comité sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, incluant là encore la possibilité de mettre sur pied des groupes de travail (art 722).

Les dispositions précédentes concernent les marchandises. Les services sont abordés dans la partie V. « Investissement, services et questions connexes ». Ils font l'objet d'un chapitre spécifique, le chapitre 12. « Commerce transfrontière des services ». Si le chapitre ouvre largement le secteur des services, grâce au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée qui sont, l'un et l'autre, reconnus aux fournisseurs de services d'une autre Partie, il n'en demeure pas moins que les restrictions et réserves demeurent nombreuses. Elles touchent notamment les autorisations d'exercer et les reconnaissances professionnelles, l'exclusion de certains domaines ou secteurs d'activité, les télécommunications qui font l'objet d'un chapitre spécifique et d'un sous-comité du Comité des mesures normatives, ou encore des services financiers qui font également l'objet d'un chapitre particulier et d'un statut différent de celui couvert par le chapitre sur l'investissement. Pour les marchandises, la coopération réglementaire, à la fois structurée et fort avancée, privilégie les consultations et le recours aux études techniques et scientifiques et pouvait s'appuyer sur les acquis des traités et autres instruments internationaux. Pour les services, elle ne semble pas avoir été, à ce stade du moins, une priorité, passant au second plan derrière la définition des conditions, réserves et limites dans lesquelles se ferait l'ouverture du commerce dans un domaine encore nouveau et surtout beaucoup plus sensible que celui des marchandises. J'y reviendrai.

B. Nouveau régionalisme et intégration en profondeur

Il est coutumier, en matière de commerce, de distinguer les obstacles à la frontière de ceux à l'intérieur des frontières. Jusqu'au Cycle d'Uruguay, les progrès réalisés pour réduire les seconds, à défaut de les éliminer, ont été très modestes, fort en deçà de ce qu'avaient permis les accords d'intégration ou même les traités bilatéraux sur l'investissement. Qu'il s'agisse de l'investissement, des subventions ou encore des marchés publics, les sujets de litige furent d'ailleurs toujours très nombreux, les mesures étant généralement prises par les États au nom du développement ou de l'intérêt national. Loin de faire exception, le Canada, et plus encore le Mexique, multiplièrent les mesures tant de contrôle que de soutien tout au long des années 1950 aux années 1970, avec des succès variés d'ailleurs¹⁸. Le vent va cependant tourner dans les années 1980 avec la crise de la dette et celle de l'État-providence, avec le résultat que ces deux pays vont abandonner leur modèle de développement national au profit d'une intégration compétitive dans l'économie mondiale et, par nécessité, se tourner

¹⁸ Voir à ce sujet Maria-Teresa Gitiérrez-Haces et Jean-Michel Lacroix, *La continentalisation du Mexique et du Canada dans l'Amérique du Nord : Les voisins du voisin*, Paris, L'Harmattan, 2015.

vers les États-Unis pour s'assurer d'un accès élargi, préférentiel et sécuritaire à leur principal marché. Ces derniers vont non seulement voir dans la négociation d'un accord commercial, l'occasion de faire avancer les droits de leurs entreprises et, ce faisant, de repousser l'épouvantail nationaliste¹⁹, mais aussi de faire de l'Amérique du Nord un espace d'intégration propice à une restructuration compétitive des activités économiques.

À la différence de la Communauté économique européenne à l'époque, l'*ALÉNA* sera un accord de libre-échange de type contractuel, très large sur le plan normatif, certes, mais néanmoins limité par les termes de l'accord. Il était donc peu à même d'évoluer et de s'adapter aux changements économiques en dépit des nombreux comités et autres groupes de travail qui furent ou devaient être constitués à cet effet²⁰. Une autre différence majeure tient à la nature même du processus d'intégration. Certes, les économies canadienne et mexicaine étaient depuis très longtemps fort dépendantes de l'économie américaine, pour ne pas dire intégrées à celle-ci, et ce en dépit des politiques nationales. Par-delà le passage d'une intégration de facto à une intégration de jure, l'*ALÉNA* fera de l'Amérique du Nord une véritable zone d'intégration. On parlera à ce propos d'intégration en « profondeur »²¹ dans la mesure où l'objectif était de mettre en place un espace économique commun qui devait non seulement offrir les mêmes droits et garanties de protection aux entreprises des trois Parties contractantes, mais également être soumis aux mêmes standards et aux mêmes règles de la concurrence²². Enfin, contrairement à la plupart des ACR de première génération, ce n'était pas d'intégration territoriale dont il était question, mais

¹⁹ En matière d'investissement, les garanties apportées aux investisseurs en cas d'expropriation directe ou indirecte, le mécanisme de règlement des différends investisseur/État ou encore l'interdiction de toute prescription de résultats illustrent ce point.

²⁰ Une manière de « moderniser » l'accord sans le rouvrir était de lui appliquer les nouvelles dispositions contenues dans le *Partenariat transpacifique*. À la différence de l'*ALÉNA*, l'*ACÉUM* prévoit une procédure d'examen au moins tous les six ans. Il prévoit également sa dissolution au bout de 16 ans mais aussi sa prolongation pour 16 nouvelles années après examen statutaire.

²¹ Robert Z. Lawrence, *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, Washington, Brookings Institute, 1996.

²² Il s'agissait ainsi tout autant de resserrer les liens commerciaux entre les trois pays que de répondre aux nouvelles réalités du commerce international, en particulier le commerce des intrants à l'intérieur des réseaux de production. Les études sur la firme multinationale et l'investissement direct ont permis de mieux comprendre ce nouveau visage de commerce de produits intermédiaire qui représente aujourd'hui selon l'OCDE près de 70 % du commerce mondial. Jusqu'au tournant des années 1980, il s'agissait principalement de commerce intra-firme; aujourd'hui, il s'agit de plus en plus de commerce de chaîne de valeur, lequel peut se faire de deux façons : soit à l'intérieur même des réseaux des multinationales, soit à l'intérieur de réseaux contrôlés par celles-ci. Dans le premier cas, les filiales sont, sous la supervision de leur société-mère, les acteurs principaux d'un commerce essentiellement intra-firme, alors que dans le second cas, les multinationales coordonnent des processus de production largement externalisés le long des chaînes de valeur au demeurant de plus en plus mondiales. La distinction est importante dans la mesure où elle nous permet de faire la différence entre les accords d'intégration comme l'*ALÉNA* dont l'objet est de permettre le déploiement des activités sur un espace commun et les accords d'interconnexion qui, à l'image de ceux qui prolifèrent en Asie de l'Est et du Sud-Est depuis le tournant du millénaire, ne visent qu'à mettre en interopérabilité des systèmes économiques et réglementaires différents.

d'intégration corporative²³. Et dans ce sens, si l'on a pu parler à son propos de « nouveau régionalisme », mieux adapté que l'ancien, diront ses défenseurs, aux réalités nouvelles de la mondialisation, en particulier à la concurrence des dragons et autres tigres d'Asie²⁴, il n'en demeurerait pas moins que par-delà son orientation « pro-marché », la raison d'être de cet accord était de consolider et de renforcer les chaînes de valeur en Amérique du Nord.

Toujours est-il que les États-Unis avaient, comme nous venons de le dire, deux grandes priorités dans ces négociations²⁵ : la première était de faire reconnaître pleinement le traitement national à leurs entreprises pour leur donner ainsi toute la marge de manœuvre nécessaire pour intégrer et redéployer leurs activités sur le nouvel espace économique ainsi créé ; et la seconde était de faire de cet espace un marché unique, autrement dit un marché soumis aux mêmes règles de la concurrence et aux mêmes normes réglementaires²⁶. Concernant la première priorité, les États-Unis durent composer avec les sensibilités nationales de leurs partenaires et accepter nombre de compromis et exceptions, mais ils ont largement atteint leurs objectifs, et ce sur trois points : 1) la protection des droits de l'investisseur et de l'investissement avec le célèbre chapitre 11; 2) l'inclusion de la propriété intellectuelle dans les accords commerciaux avec le chapitre 17 qui lui est consacré; 3) l'introduction de la méthode de la liste négative dans la négociation, une méthode qui présentait le double avantage d'élargir considérablement le champ de la négociation et d'abaisser les préoccupations légitimes de protection de leurs partenaires dans certains domaines comme la culture ou les services publics par exemple, au statut de simples exceptions²⁷. L'impact en fut majeur puisque, ce faisant, les entreprises, en particulier américaines, purent réorganiser leurs réseaux de production, renforcer leur compétitivité, et faire de l'Amérique du Nord un pôle dans les chaînes de valeur mondiales²⁸.

Le tableau 1, portant sur « le commerce intra-ALÉNA et l'origine de la valeur ajoutée incorporée dans les importations des trois pays », confirme l'atteinte de cet

²³ Voir à ce sujet John Dunning, et Peter Robson, « Multinational Corporation Integration and Regional Economic Integration » (1987) 26:2 *J Common Market Stud* 103.

²⁴ À l'époque, la concurrence ne venait pas encore de la Chine, mais du Japon et des nouveaux pays industrialisés d'Asie de l'Est et du Sud-Est.

²⁵ Ils en avaient trois autres : 1) faire de l'ALÉNA un modèle en matière de protection de la propriété intellectuelle, 2) faire du Mexique un modèle de développement en économie ouverte et 3) faire avancer ce qu'on appelait alors à Washington la bicyclette du GATT.

²⁶ Je me réfère ici à la notion de marché unique en économie et à la distinction introduite par Jan Tinbergen entre intégration positive et intégration négative. Dans le premier cas, le marché est encadré et orienté vers des objectifs communs alors que dans le second cas, qui prévaut en Amérique du Nord, l'intégration résulte de la seule libéralisation des échanges. Quant au cadre réglementaire, il participe des objectifs communs dans le premier cas — à l'image de l'Europe communautaire — alors que dans le second cas, il vise à « niveler » les conditions de la concurrence et à établir des pratiques d'affaires communes.

²⁷ Il faut néanmoins rappeler certaines sauvegardes importantes, notamment l'article sur les industries culturelles au chapitre 21 et les annexes I à VII qui contient notamment l'annexe II-C-8 sur les services sociaux.

²⁸ La littérature a démontré qu'il y avait une corrélation étroite entre le commerce des chaînes de valeur et la « profondeur » des ACR. Voir à ce sujet Michele Ruta, « Preferential Trade Agreements and Global Value Chains: Theory, Evidence, and Open Questions » dans David Dollar, dir, *Global Value Chain Development Report 2017. Measuring and Analyzing the Impact of GVCs on Economic Development*, Washington, Banque mondiale, 2017, 175.

objectif. On constatera que malgré la concurrence de la Chine à partir des années 1990, les liens entre les partenaires sont très forts, y compris pour les États-Unis, dont les deux tiers de la valeur ajoutée contenue dans leurs importations de produits manufacturiers proviennent du Canada et du Mexique. Une étude récente montre que dans le cas des exportations, le contenu *ALÉNA* est passé pour les trois pays de 45,4 % à 52,6 % entre 1995 et 2015²⁹.

Tableau 1. Origine de la valeur ajoutée incorporée dans les importations de produits manufacturiers

2015	États-Unis	Mexique	Canada
États-Unis		80,9	86,7
Mexique	38,8		4,3
Canada	25,6	3,2	
Chine	9,7	6,8	3,8

Source : OCDE/OMC, Statiques du commerce en valeur ajoutée

Concernant les politiques de la concurrence et la convergence réglementaire, les résultats de l'*ALÉNA* furent, par contre, beaucoup plus modestes. Le chapitre sur la concurrence³⁰ reste de portée très générale, les trois parties se contentant : 1) de réitérer la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, 2) de souligner l'importance de la coopération et de la coordination entre les autorités « pour l'application efficace des lois sur la concurrence dans la zone de libre-échange », et 3) de créer un groupe de travail sur le commerce et la concurrence. Quant à la convergence réglementaire, malgré les velléités dans ce sens, peu de progrès seront réalisés dans le cadre de l'*ALÉNA*. Un sursaut semble toutefois s'être produit au début des années 2010 suite à la création en février 2011 d'un Conseil de coopération en matière de réglementation Canada — États-Unis par le premier ministre, Stephen Harper, et le président des États-Unis, Barack Obama. C'est du moins ce qu'il ressort de la Déclaration commune de la Commission de l'*ALÉNA* du 3 avril 2012³¹. Celle-ci accorde une large place à la coopération réglementaire, les trois dirigeants ayant convenu « d'introduire rapidement des mesures réglementaires concrètes pour rendre

²⁹ Christophe Degain, Bo Meng & Zhi Wang, « Recent Trends in Global Trade and Global Value Chains », in David Dollar, eds, *Technological Innovation, Supply Chain Trade, and Workers in a Globalized World* (Washington : Banque mondiale, 2019) 37. Voir également Anne Flatness et Chris Rasmussen, « U.S.-Produced Value in U.S. Imports from NAFTA » (2017), en ligne (pdf) : *Washington Department of Commerce* <<https://www.commerce.gov/sites/default/files/us-produced-value-in-us-imports-from-nafta.pdf>>.

³⁰ Le chapitre 15 portant sur la politique de concurrence, les monopoles et entreprises d'État est très court. Les deux articles les plus importants concernent les monopoles et les entreprises d'État.

³¹ Affaires mondiales Canada, « Réunion de 2012 de la Commission de l'*ALÉNA* » (avril 2012), en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/js-washington-dc.aspx?lang=fra>>.

possibles l'innovation et la croissance sans négliger le respect de normes rigoureuses en matière de santé publique, de sécurité et de protection de l'environnement ». Le communiqué revient aussi sur les travaux du CMN et du groupe de travail sur les règles d'origine, sur les accords de reconnaissance mutuelle, ou encore sur la coopération dans les domaines de l'acier, de l'environnement ou du travail. Mais en fin de compte, ce n'est pas dans le cadre de l'ALÉNA, mais dans celui des deux commissions bilatérales créées à l'instigation des États-Unis que les choses vont avancer.

C. La coopération réglementaire bilatérale

La coopération réglementaire internationale est, tout comme le processus réglementaire d'ailleurs, centralisée au plus haut niveau dans les trois pays. Aux États-Unis, elle relève, en vertu du décret présidentiel 13609 de 2012 de l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)³²; au Canada, elle relève, en vertu de la Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation de 2018, du Conseil du Trésor³³; et au Mexique, elle relève du ministère de l'Économie et la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER)³⁴. Le président Obama fut le premier président américain à prendre à bras le corps le problème de la cohérence réglementaire et celui de la coopération réglementaire internationale³⁵. Cinq lignes directrices guident l'approche américaine : 1) l'application du principe de

³² L'OIRA relève de l'Office of Management and Budget (OMB) lui-même rattaché au Bureau exécutif du président. Office of management and budget, « Information and Regulatory Affairs », en ligne : *White House* <<https://www.whitehouse.gov/omb/information-regulatory-affairs>>.

³³ Cette directive vient remplacer celle de 2012 sur la gestion de la réglementation. Elle impose aux différents ministères et agences de prendre en considération la coopération avec d'autres pays afin de réduire les obstacles au commerce et les réglementations inutiles ou « faisant doublon », de mettre en commun les informations et les pratiques, d'harmoniser les réglementations et d'adopter les normes internationales. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, « Directive du Cabinet sur la réglementation », en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/lois/developpement-amelioration-reglementation-federale/exigences-matiere-elaboration-gestion-examen-reglements/lignes-directrices-outils/directive-cabinet-reglementation.html>>.

³⁴ Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, en ligne : *Gobierno de México* <<https://www.gob.mx/conamer>>; Le Mexique a fait l'objet d'une étude très détaillée de la part de l'OCDE : *Review of Regulatory Reform : Mexico*, Paris, OECD, 2014.

³⁵ Trois décrets furent pris à la fin de son premier mandat et au début de son second mandat. Le premier, le décret 13563 (*Improving Regulation and Regulatory Review*) signé le 18 janvier 2011, réorganise le processus réglementaire, le second, le memorandum conjoint USTR-OMB du 19 mai 2011 vise à coordonner l'action de l'OIRA et du bureau du Représentant au commerce de manière à ce que le commerce soit mieux pris en compte dans le processus réglementaire, et le troisième, le décret 13609 signé le 1^{er} mai 2012 (*Promoting International Regulatory Cooperation*), vise à renforcer la coopération internationale, à intégrer la dimension internationale dans le processus réglementaire et à prendre en compte dans ce processus des conséquences que pourraient avoir les réglementations sur la compétitivité des entreprises américaines. Il y a concordance de temps entre ces décrets, la création de deux comités bilatéraux de coopération réglementaire avec le Mexique (2010) et le Canada (2011) et l'adoption par l'OCDE de nouveaux principes réglementaires en 2012. Voir à ce sujet Susan E. Dudley, « The Office of Information and Regulatory Affairs and the durability of regulatory oversight in the United States » (2020) 14:3 *Regulation and Governance*.

centralisation du processus; 2) l'application des principes de transparence et d'imputabilité; 3) le recours à l'analyse d'impact et à l'examen des résultats; 4) la réduction des coûts de la réglementation; 5) et l'impact sur le commerce international³⁶. L'approche est sensiblement la même au Canada et au Mexique. Elles ne diffèrent pas, soit dit en passant, de celles mises de l'avant par l'OCDE dans ses Recommandations de 2012 concernant les politiques et la gouvernance réglementaires.

C'est le 29 mai 2010, que la création d'un Conseil de Haut Niveau pour la Coopération réglementaire fut annoncée par les présidents Felipe Calderón et Barack Obama, avec cinq (5) objectifs : 1) élaborer des réglementations plus compatibles tout en les simplifiant, sans mettre en danger la santé et la sécurité publiques, la protection de l'environnement ou la sécurité nationale; 2) accroître la transparence réglementaire; 3) simplifier les exigences réglementaires grâce à la participation publique; 4) améliorer et simplifier les réglementations en renforçant leur contenu analytique et en recourant aux études d'impact; et 5) harmoniser et rationaliser les procédures douanières et le passage aux douanes³⁷. Du côté canadien, c'est le 4 février 2011 que fut annoncée la création du Conseil de coopération Canada – États-Unis en matière de réglementation³⁸. Dans les deux cas, les partenaires vont se donner un plan d'action conjoint articulé autour d'initiatives pour lesquelles il était possible d'obtenir rapidement des résultats concrets. On notera que le Canada et le Mexique se sont également entendus, dans le cadre du protocole d'entente signé en février 2018, sur un plan d'action en vue de : « 1) renforcer les efforts de partage d'information et de coopération en matière de réglementation entre le Canada et le Mexique, et 2) favoriser l'élaboration et l'adoption de bonnes pratiques de réglementation (BPR) en Amérique latine et dans les Caraïbes »³⁹.

La volonté de coopérer, on le voit, est bien présente. Quant à la méthode suivie avec les plans d'action, elle a pour elle le triple mérite d'institutionnaliser et de concentrer le dialogue entre régulateurs sur des domaines précis, de favoriser la consultation avec les intervenants et les parties prenantes, et de mettre de l'avant la convergence réglementaire. C'est ce dialogue à la fois bi- et trilatéral que vient à la fois consolider et élargir l'ACÉUM.

³⁶ Voir à ce sujet Christian Deblock et Guy-Philippe Wells, « Coopération réglementaire et accords de commerce » (2017) 48:3-4 *Études int* 319.

³⁷ « La coopération de réglementation entre le Mexique et les États-Unis », en ligne : *Secretaría de Economía* <<http://www.2006-2012.economia.gob.mx/ministry-abroad-fr/2/2/>>.

³⁸ Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, « Plan d'action conjoint du Conseil de coopération en matière de réglementation », en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/organisation/transparence/lois-reglements/conseil-cooperation-canada-eu-reglementation/plan-action-conjoint.html>>.

³⁹ « Plan de travail 2018-2020 Le Secrétariat du conseil du trésor du Canada-ministère de l'économie des États-Unis du Mexique », en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/lois/developpement-amelioration-reglementation-federale/cooperation-matiere-reglementation/plan-travail-secretariat-conseil-tresor-canada-ministere-economie-etats-unis-mexique-2018-2020.html>>.

II. La coopération réglementaire dans l'ACÉUM

A. Mise en contexte

Plus d'un quart de siècle sépare l'entrée en vigueur de l'ACÉUM de celle de l'ALÉNA⁴⁰. Trois changements majeurs sont intervenus au cours de cette période dans la « vie » de l'ALÉNA. Premièrement, la révolution dans les technologies de l'information et des communications est non seulement venue bouleverser tant les méthodes de production et d'approvisionnement que les modes de vie et de consommation, mais elle a aussi fait émerger de nouvelles multinationales, a mondialisé les chaînes de valeur et a entraîné un déplacement de plus en plus marqué du commerce vers le commerce numérique. Pour reprendre les mots de la CNUCED :

« La transformation numérique de la production internationale a des incidences importantes sur la promotion et la facilitation de l'investissement ainsi que sur les réglementations qui régissent le comportement des investisseurs. Les règles conçues pour l'économie matérielle ont peut-être besoin d'être revues à la lumière des nouveaux modèles d'activité numériques »⁴¹.

Le second changement est de nature géopolitique et géoéconomique. La rapide montée en puissance de la Chine est venue modifier en profondeur non seulement les routes du commerce mondial, mais aussi les relations économiques internationales, y compris en Amérique du Nord comme en témoigne la progression rapide de ses échanges bilatéraux. En peu de temps, la Chine est passée du statut « d'atelier du monde » à celui de pôle économique, réorganisant autour d'elle les réseaux commerciaux comme les rapports de puissance, à l'image des Nouvelles Routes de la Soie ou du *Partenariat économique régional global*⁴² qui vient d'être signé en marge d'un sommet de l'ANASE, le 15 novembre 2020.

Troisième changement : le pivotement des États-Unis vers le Pacifique. Déjà amorcé avec le forum de Coopération économique pour l'Asie-Pacifique (l'APEC en anglais), ce pivotement s'est accéléré sur le plan politique avec leur entrée en force dans les négociations du *Partenariat transpacifique (PTP)*, mais surtout sur le plan économique avec le déplacement de plus en plus marqué des investissements et des échanges vers cette partie du monde. Ce double pivotement a, en retour, eu pour effet de desserrer un tant soit peu les liens économiques entre les trois Parties de l'ALÉNA,

⁴⁰ L'ALÉNA, *supra* note 13. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994; l'ACÉUM, *supra* note 15. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020.

⁴¹ CNUCED, « Rapport sur l'investissement dans le monde 2017. L'investissement et l'économie numérique. Repères et vue d'ensemble » (2017) Avant-propos à la p 4, en ligne (pdf) : CNUCED <https://unctad.org/fr/system/files/official-document/wir2017_overview_fr.pdf>.

⁴² Le PERG, ou RCEP en anglais, regroupe, outre la Chine, les dix pays de l'ANASE (L'ASEAN en anglais), la Corée, le Japon, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Tout comme il en fut des États-Unis pour le TPP, la Chine a rapidement pris le dessus et le leadership de ce partenariat, au détriment de l'ASEAN.

mais aussi de pousser l'Union européenne⁴³ à relancer le vieux projet d'accord de libre-échange transatlantique en proposant aux États-Unis de s'engager avec elle dans un Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement.

Dans ce nouveau contexte, la priorité des États-Unis au temps du président Obama n'était pas de rouvrir l'ALÉNA pour le moderniser, mais, plutôt, de le contourner par la voie bilatérale ou par la voie beaucoup plus prometteuse d'un accord transpacifique et, pourquoi pas, d'un accord transatlantique. Même si par son contenu, le *PTP* reste limité, l'accord, finalement signé le 4 février 2016, introduisait de nouveaux chapitres et des dispositions qui s'imposaient aux accords existants. Mais surtout, il remettait les États-Unis au centre du jeu diplomatique en Asie et, de leur côté, les firmes américaines au centre des chaînes de valeur dans la région la plus dynamique de l'économie mondiale. Comme j'ai eu l'occasion de le souligner⁴⁴, avec l'*AEÉCG*, le *PTPGP*⁴⁵ peut être considéré comme le premier accord d'interconnexion, un concept emprunté au monde des réseaux et qui se distingue des concepts d'interdépendance et d'intégration dans le sens où il s'agit de connecter et de relier des réseaux ou des espaces économiques distincts. Le problème économique central n'en est plus un dans le cas présent de dépendance réciproque ou de fusion, mais de fluidité. Le concept est particulièrement adapté aux réalités nouvelles d'un commerce transfrontière, aussi bien celui des chaînes de valeur mondiales que celui du monde numérique. L'enjeu dans ce cas en est essentiellement d'interopérabilité. Il ne s'agit plus seulement de lever les obstacles à la frontière ou à l'intérieur des frontières, mais de s'attaquer au principal obstacle à la fluidité économique et commerciale, en clair les différences réglementaires, d'améliorer l'efficacité des systèmes réglementaires, notamment leur transparence et leur utilité, et de les rendre interopérables, à défaut de pouvoir toujours les harmoniser⁴⁶. La coopération réglementaire internationale devient ainsi un enjeu majeur dans les négociations commerciales, mais surtout, elle prend un tour nouveau qui va au-delà du problème classique des barrières non tarifaires et de celui des normes communes sur un même espace de concurrence, puisqu'il s'agit de réduire les interférences jugées inutiles, voire si possible de les éliminer totalement.

De ce double point de vue, à la fois géoéconomique et commercial, le *PTP* pouvait être considéré comme une grande réussite à mettre à l'actif du président Obama et son abandon par le président Donald Trump dès son entrée en fonction à la Maison-Blanche, comme une erreur magistrale⁴⁷. On ne peut pas dire pour autant

⁴³ On peut dire la même chose du Canada qui se tourna alors vers l'UE pour engager les négociations de ce qui allait devenir l'*Accord économique et commercial global*.

⁴⁴ Christian Deblock, « From APEC to the Trans-Pacific Partnership: The United States, Asia and interconnection agreements » dans Jean-Baptiste Velut, Louise Dalingwater, Vanessa Bouillet & Valérie Peyronel, dir, *Understanding Mega-Free Trade Agreements: The Political and Economic Governance of New Cross-Regionalism*, Routledge, Taylor and Francis, 2017.

⁴⁵ Le *PTP* est devenu depuis le retrait des États-Unis, le *PTPGP* ou *Partenariat transpacifique global et progressiste*.

⁴⁶ Il s'agit de rendre compatibles deux ou plusieurs systèmes différents sous certaines conditions et que certains critères normatifs sont remplis et respectés. L'objectif est de faciliter la circulation des biens, et de plus en plus des services, voire des personnes.

⁴⁷ Le *PTP* fut quand même repris, à l'initiative notamment du Canada, révisé et conclu par les dix autres Parties pour devenir le *Partenariat transpacifique global et progressiste* pour entrer en vigueur le 30

comme nous le verrons maintenant que l'*ACÉUM* est un plan B. Le nouvel accord introduit beaucoup de nouveautés par rapport à l'*ALÉNA*, notamment en ce qui concerne la coopération réglementaire et, à bien des égards, il introduit nombre de dispositions nouvelles qui vont dans le sens de l'interconnexion et de l'interopérabilité. Mais par-delà le fait que l'*ACÉUM* soit un choix de repli, celui d'un président qui a préféré consolider la position hégémonique des États-Unis et leurs acquis en Amérique du Nord⁴⁸, c'est aussi un accord qui prolonge et approfondit la démarche intégrative de l'*ALÉNA* en donnant, cette fois, priorité à la coopération réglementaire, et ce dans une triple perspective : 1) d'harmonisation des règles; 2) de renforcement des disciplines commerciales; et 3) de coordination des processus.

B. Mesures SPS, OTC et procédures douanières

Commençons par revenir sur les mesures SPS, les OTC et les formalités douanières, trois sujets qui occupaient déjà une place importante dans l'*ALÉNA*. Les trois chapitres qui leur sont consacrés ont été revus en profondeur, mais l'aspect le plus notable, c'est le changement de vision : il ne s'agit plus tant d'éliminer les barrières à l'entrée que d'harmoniser les réglementations et les procédures par une approche commune.

1. LES MESURES SANITAIRES ET PHYTOSANITAIRES

Les mesures sanitaires et phytosanitaires étaient intégrées dans l'*ALÉNA* au chapitre sur l'agriculture. Elles font l'objet dans l'*ACÉUM* d'un chapitre distinct qui permet ainsi d'intégrer les dispositions de l'*Accord SPS* de l'OMC tout en resserrant la coopération entre les Parties. Par ailleurs, les dispositions relatives aux mesures SPS dans l'*ALÉNA* étaient soucieuses de respecter les droits des Parties d'adopter de telles mesures et de fixer les niveaux de protection tout en affirmant néanmoins certains principes, dont celui de s'appuyer sur les études scientifiques, celui du traitement non discriminatoire, celui d'éliminer les obstacles non nécessaires et celui d'interdiction de toute mesure restrictive déguisée. Le chapitre 9 de l'*ACÉUM* est beaucoup plus explicite. D'abord, au niveau des objectifs, il réitère en les élargissant les principes affirmés déjà affirmés dans l'*ALÉNA* non sans insister davantage sur la coopération entre les Parties, sur le recours aux données scientifiques, sur la transparence des processus, qui fait l'objet d'un article en soi (art 9.13) ainsi que sur la compatibilité des mesures avec les dispositions relatives au traitement national et à l'accès des marchés. Ensuite, le chapitre comporte un long article, intitulé « Science et analyse des

décembre 2018. Rien ne dit que sous la présidence de Joe Biden, les États-Unis ne rejoindront pas l'accord ou, faisant fond des acquis, n'en projettent pas un nouveau.

⁴⁸ Les données sur le commerce tendent à montrer que le degré d'ouverture de l'économie américaine ne suit plus celle de l'économie mondiale depuis les années 2000. Adam S. Posen, « The Price of Nostalgia. America's Self-Defeating Economic Retreat » (2021) 3 *Foreign Affairs* 28.

risques » (art 9.6)⁴⁹, qui vient réaffirmer le principe selon lequel les mesures SPS doivent être « fondées sur des principes scientifiques » et, lorsqu'elles existent, sur les « normes, directives ou recommandations internationales pertinentes »⁵⁰. Il affirme également le principe du recours systématique aux évaluations des risques et de la gestion des risques et ceux d'information et de transparence en la matière, et ce pour protéger les exportateurs.

Par ailleurs, plusieurs articles portent sur la convergence réglementaire. Ainsi, l'article 9.7 porte sur le renforcement de la compatibilité des mesures et invite les Parties « à tenir compte des mesures sanitaires ou phytosanitaires pertinentes, actuelles ou proposées, d'autres Parties dans l'élaboration, la modification ou l'adoption de ses propres mesures sanitaires ou phytosanitaires ». L'article 9.8. va dans le même sens, mais porte plus spécifiquement sur « l'adaptation aux conditions régionales ». L'article 9.9, très détaillé, porte sur les équivalences⁵¹ et vient compléter et renforcer les deux précédents. On notera également que les procédures prévues pour les audits de vérification du respect des normes SPS par les exportateurs (art 9.10), une nouveauté par rapport à l'*ALÉNA*⁵², les contrôles à l'importation (art 9.11) et les certifications (art 9.12) sont très détaillées.

Enfin, le processus des procédures SPS est parfaitement balisé. D'un côté, l'article 9.16 invite les Parties à coopérer, à échanger l'information et les renseignements, voire, s'il y a lieu, à développer « des approches, des directives et des principes communs » ou à « établir un fondement scientifique commun pour l'approche de gestion des risques ». De l'autre, l'article 9.17, complété par les articles 9.18 sur les groupes de travail et l'article 9.19 sur les consultations techniques, vient définir le mandat du Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires⁵³. Et dans le cas d'un différend « qui soulève des questions scientifiques ou techniques », le groupe spécial « devrait demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les Parties au différend, voire établir un groupe consultatif d'experts techniques, ou consulter les organisations compétentes chargées de l'élaboration de normes internationales »⁵⁴.

⁴⁹ Les États-Unis et le Bureau du Représentant au commerce en particulier considèrent comme un gain majeur cet article qui vient renforcer la justification scientifique des réglementations SPS. Ils attachent depuis de nombreuses années une attention particulière aux différends qu'ils qualifient d'idéologiques, visant notamment l'UE. Ce chapitre leur donne gain de cause, y compris pour ce qui a trait au règlement des différends.

⁵⁰ Outre le droit d'établir des niveaux de protection qu'elles jugent appropriées, l'accord reconnaît également aux Parties celui « d'adopter ou de maintenir à titre provisoire une mesure sanitaire ou phytosanitaire en l'absence de preuves scientifiques pertinentes suffisantes », mais de procéder dans ce cas à des analyses de risque.

⁵¹ On parle dans le cas présent de « détermination positive de l'équivalence » de mesures SPS, ce qui va dans le sens de la reconnaissance mutuelle préconisée par l'OCDE.

⁵² L'article 9.10 porte spécifiquement sur les audits, Il y est précisé que « la Partie importatrice a le droit de procéder à un audit des autorités compétentes de la Partie exportatrice... ».

⁵³ Le comité est composé de représentants gouvernementaux. Il est présenté comme devant servir de « tribune ».

⁵⁴ Le mécanisme de règlement des différends, remis en question par les États-Unis, a été préservé, le Canada obtenant gain de cause.

2. LES OBSTACLES TECHNIQUES AU COMMERCE

Le chapitre 11. « Obstacles techniques au commerce » introduit plusieurs changements importants par rapport à l'ancien chapitre 9 de l'*ALÉNA*. Il couvre tout ce qui a trait aux normes, règlements techniques et procédures d'évaluation et de conformité, et est orienté vers le rapprochement des normes et la réduction des obstacles non nécessaires au commerce. On notera, tout d'abord, à son propos l'importance accordée à la reconnaissance mutuelle dont on retrouve d'ailleurs des définitions précises à propos des accords et des arrangements⁵⁵, ainsi que les nombreux rappels concernant le recours aux normes et recommandations internationales et leur application dans les procédures réglementaires. Par ailleurs, en vue de favoriser le dialogue et le rapprochement réglementaire, chaque partie reconnaît le principe de l'égalité de traitement aux organismes d'évaluation de la conformité situés sur le territoire des autres Parties (art 11.6), autorise les personnes d'une autre Partie à

« participer à l'élaboration de règlements techniques, de normes et de procédures d'évaluation de la conformité par des organismes de son gouvernement central dans des conditions non moins favorables que celles qu'elle accorde à ses propres personnes » (art 11.7)

et s'engage à prendre en compte et à publier les commentaires apportés.

La procédure, très détaillée prévoit également des délais pour la notification des projets de règlement technique ou de procédure d'évaluation de la conformité. Enfin, la dimension coopérative se trouve renforcée par le contenu de l'article 11.9, intitulé « Coopération et facilitation des échanges », et par la création du Comité sur les obstacles techniques au commerce et la nomination de points de contact (art 11.11). Tout en reconnaissant « qu'il existe une grande variété de mécanismes pour faciliter l'acceptation des résultats de l'évaluation de la conformité »⁵⁶, les Parties s'engagent à renforcer leurs échanges et leur collaboration et à rechercher une plus grande harmonisation réglementaire régionale tout en éliminant les obstacles inutiles au commerce⁵⁷. Tout comme pour les mesures SPS, un comité vient chapeauter le champ des OTC. Il est composé de représentants gouvernementaux, se voit attribuer pas moins de quatorze (14) fonctions, et peut créer, si nécessaire, des groupes de travail.

⁵⁵ Un accord de reconnaissance mutuelle est ainsi défini : « accord entre des gouvernements qui spécifie les conditions selon lesquelles une Partie reconnaîtra les résultats des procédures d'évaluation de la conformité émanant des organismes d'évaluation de la conformité d'une autre Partie et attestant de la conformité aux normes ou aux règlements techniques applicables » (art 11.1); et un arrangement de reconnaissance mutuelle ou multilatérale : « arrangement international ou régional entre des organismes d'accréditation situés sur les territoires des Parties, par lequel ces organismes, sur la base d'une évaluation par des pairs, acceptent les uns les autres les résultats des organismes d'évaluation de la conformité accrédités ou entre des organismes d'évaluation de la conformité situés sur les territoires des Parties reconnaissant les résultats de l'évaluation de la conformité » (art 11.1).

⁵⁶ On en retrouve une liste détaillée.

⁵⁷ Cela s'applique également aux règles d'origine pour lesquelles on veut établir une réglementation uniforme. Voir à ce sujet le document très détaillé des définitions, des règles en matière de conversion des devises et des différents articles : « Réglementation uniforme portant sur l'interprétation, l'application et l'administration » du chapitre 4 (règles d'origine) et « les dispositions connexes » du chapitre 6 (produits textiles et vêtements) de l'accord entre les États-Unis de l'Amérique, les États-Unis mexicains, et le Canada.

3. LES PROCÉDURES DOUANIÈRES

En somme, qu'il s'agisse des mesures SPS ou des OTC, l'objectif est de rapprocher les normes agricoles et industrielles des Parties à l'accord. Le chapitre 7, appelé « Administration des douanes et facilitation des échanges » et non plus « procédures douanières » comme dans l'*ALÉNA* (chapitre 5), va dans la même direction. Il a, certes, été revu à la lumière de l'*Accord sur la facilitation des échanges* de l'OMC, autrement dit dans la perspective de rendre le commerce toujours plus fluide entre les Parties, mais son objectif premier est, comme son titre l'indique, d'établir une administration commune des procédures et formalités douanières.

On notera, entre autres, que les procédures de certification ont été simplifiées et les formulaires officiels abolis, les seuils de minimis ont été relevés, mais moins que les États-Unis ne le réclamaient⁵⁸, et, surtout, que la coopération, soit régionale soit bilatérale, en vue de faciliter les échanges et le travail d'autocertification des « opérateurs économiques agréés »⁵⁹, se trouve renforcée. Elle porte notamment sur les échanges d'information et de pratique entre ces opérateurs, sur l'inspection à la frontière, sur les pratiques, procédures et assistance douanières, ou encore sur l'échange de renseignements et d'informations⁶⁰.

C. Vers toujours plus d'intégration...

L'investissement et la propriété intellectuelle avaient été au centre de l'*ALÉNA* et de son modèle « d'intégration profonde ». Plusieurs changements ont été apportés dans l'*ACÉUM*, notamment pour ce qui a trait aux différends investisseur/État et à la durée de protection de la propriété intellectuelle. Il incorpore également de nouvelles dispositions notamment un chapitre « les petites et moyennes entreprises », tout en montrant des velléités pour coordonner les politiques publiques, du moins celles qui peuvent affecter le commerce, comme par exemple les politiques macro-économiques, les politiques de change ou encore les politiques anticorruption. C'est néanmoins sur deux autres points que je voudrais attirer l'attention du lecteur : la concurrence et les services.

1. LA CONCURRENCE

En dehors des dispositions relatives aux entreprises d'État, l'*ALÉNA* était demeuré très réservé sur les questions de la concurrence. L'*ACÉUM* est plus audacieux.

⁵⁸ Alors que les seuils restent à 20 CAD tant pour les droits de douane que pour les taxes de vente pour les produits non originaires du Canada et du Mexique, ils sont relevés à 150 CAD dans le premier cas et à 40 CAD dans le second dans l'*ACÉUM*. Ils passent, pour les États-Unis, de 200 USD pour les droits de douane et de 50 USD pour les taxes à 800 USD dans les deux cas. Ils sont désormais de 117 USD et 50 USD, respectivement, pour le Mexique.

⁵⁹ L'octroi de ce statut s'inscrit dans le cadre d'un programme nord-américain en vue de sécuriser la chaîne d'approvisionnement et de faciliter les échanges commerciaux, notamment du fait que l'accréditation permet de réduire les inspections et les contrôles. De tels programmes existent ailleurs, en particulier en Europe.

⁶⁰ Un sous-comité d'application de la législation douanière est également créé.

On y retrouve un chapitre intitulé « Entreprises appartenant à l'État et monopoles désignés » (chapitre 22). Désormais distinct du chapitre sur la concurrence⁶¹, ce chapitre vient encadrer très étroitement l'activité commerciale de ces entreprises, prohibe, sauf pour quelques exceptions, les aides non commerciales, vise à circonscrire les effets négatifs et les dommages de ces entreprises, établit les normes en matière de transparence, et vient créer un comité spécifique, chargé entre autres de voir à la mise en œuvre et au suivi des dispositions de ce chapitre ainsi qu'à la coopération technique entre les Parties. Cette idée de contrôler le plus étroitement possible la présence de l'État dans l'économie apparaît plus nettement encore dans le chapitre 21 « Politique en matière de concurrence ». Ce chapitre étant abordé ailleurs, je me contenterai de souligner les points suivants : 1) les priorités sont élargies et mieux définies⁶²; 2) les procédures d'application du droit de la concurrence sont longuement présentées, et ce dans une perspective d'équité pour les entreprises, de transparence et de consultation des parties; et 3) on ne parle plus de groupe de travail, mais de « coopération », les Parties reconnaissant « l'importance de la coopération et de la coordination entre leurs autorités nationales respectives en matière de concurrence pour favoriser l'application efficace du droit de la concurrence dans la zone de libre-échange » (art 21.3)⁶³.

Le chapitre 26 portant sur « la compétitivité » ne manque pas non plus de susciter l'intérêt. Il vient créer un Comité sur la compétitivité composé de représentants gouvernementaux, avec le mandat, entre autres, de

« promouvoir un environnement économique prospère qui encourage la production en Amérique du Nord, facilite le commerce et l'investissement à l'échelle régionale, renforce la prévisibilité et la transparence du cadre réglementaire, encourage une circulation rapide des produits et une prestation de services dans toute la région, et réagit aux évolutions du marché et aux technologies émergentes » (art 26.1).

Il reste à voir quel sera le rôle exact de ce comité, mais on constatera la volonté des Parties de confier à un comité particulier de soin non seulement de « promouvoir une plus grande intégration économique » et de voir au bon fonctionnement des marchés en Amérique du Nord, mais aussi de soutenir la capacité d'adaptation, d'innovation et d'exportation des entreprises, y compris les PME.

2. LES SERVICES

Les services constituent un volet majeur de l'intégration de l'espace nord-américain. Et ce en raison 1) de leurs poids dans l'économie des trois pays, 2) des

⁶¹ ALÉNA, *supra* note 13 au chapitre 15 couvrait à la fois la politique de la concurrence et les monopoles et entreprises d'État.

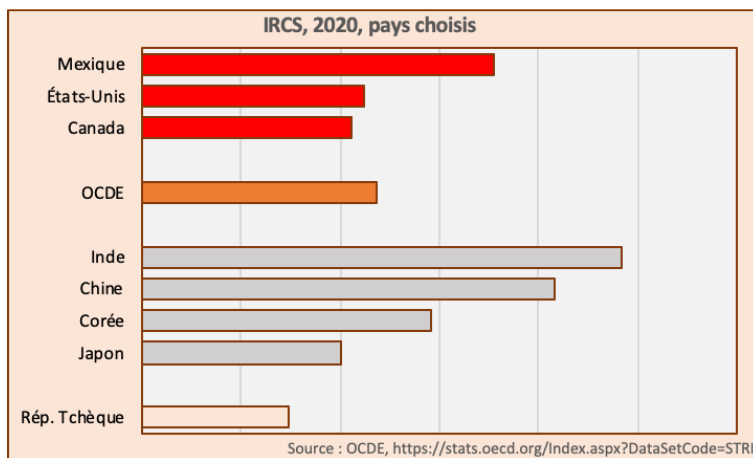
⁶² On notera, entre autres, l'engagement réciproque de « traiter les personnes d'une autre Partie non moins favorablement que les personnes de la Partie dans des circonstances similaires », la possibilité pour une « Partie d'appliquer sa législation nationale sur la concurrence à des activités commerciales menées hors de ses frontières lorsqu'il existe un lien approprié avec sa compétence », ou encore la justification et les conditions d'application plus étroites des exemptions à la politique de la concurrence.

⁶³ On notera aussi l'ajout d'un article sur la protection du consommateur (art 21.4).

excédents que dégagent les États-Unis dans ce domaine⁶⁴, 3) de leurs rôles dans l'organisation des chaînes de valeur, et 4) en lien avec les NTIC, en raison du développement du commerce électronique. Il s'agit aussi d'un secteur fort réglementé, ce qui limite d'autant les échanges et l'intégration des marchés.

L'OCDE a développé plusieurs indices pour évaluer le degré de restriction au commerce et à l'investissement⁶⁵. J'en ai retenu trois : l'Indice de restriction pour le commerce de service (IRCS), l'Indice de restriction pour le commerce des services numériques (IRCSN), et l'Indice de restriction pour les investissements directs étrangers (IRIDE)⁶⁶. Les trois graphiques qui suivent présentent les résultats pour le Canada, les États-Unis et le Mexique. Aux fins de la comparaison, on retrouvera également le score pour l'ensemble des pays de l'OCDE, le pays qui affiche le meilleur score ainsi que celui de la Corée, de la Chine, de l'Inde et du Japon. Dans les trois cas, le Mexique est, des trois pays de l'Amérique du Nord, celui qui affiche le moins bon score, mais, on le constatera aussi, tout comme le Canada et les États-Unis, il se classe en deçà de la moyenne de l'OCDE pour le commerce des services numérique. Cependant, les résultats pour l'IDE sont plus surprenants. Étant donné l'importance attachée à ce sujet dans l'*ALÉNA*, on s'étonnera de voir que le score des trois pays est plus élevé que la moyenne de l'OCDE, voire du Japon.

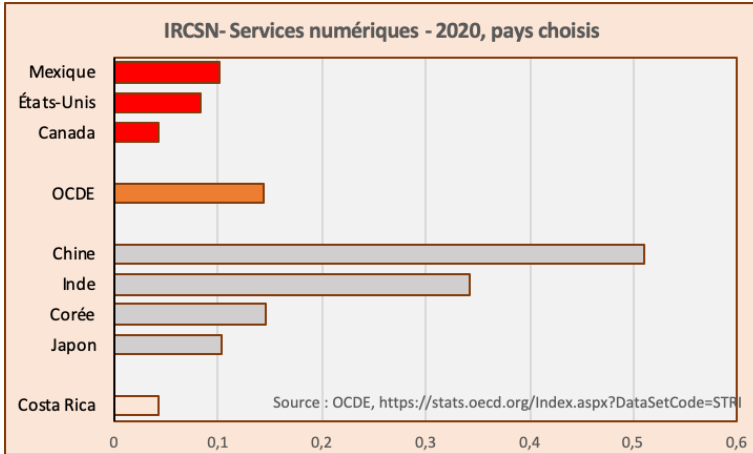
Graphique 1. Indice de restriction du commerce des services



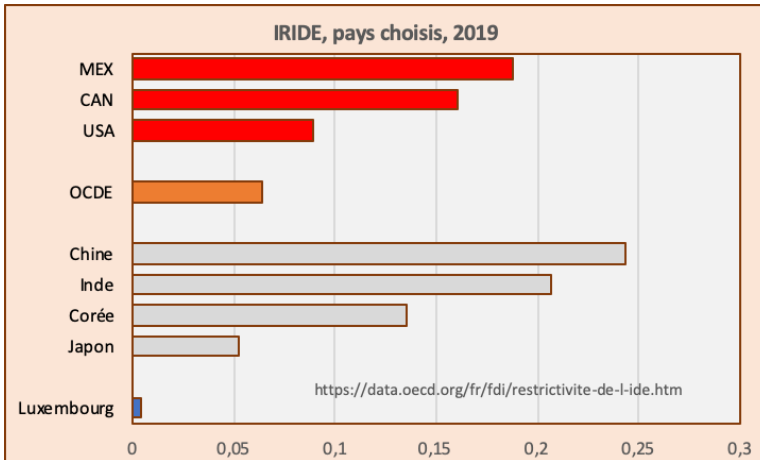
⁶⁴ Le solde de la balance des services était, en 2020, de 22,1 milliards de USD avec le Canada et de 6,3 milliards avec le Mexique, comparativement à un déficit de la balance des marchandises de - 19,9 et de - 19,4 milliards de USD, respectivement selon le Bureau of Economic Analysis.

⁶⁵ Sur la méthodologie, voir Massimo Geloso Grosso et al., *Services Trade Restrictiveness Index (STRI) : Scoring and Weighting Methodology*, Document de travail de l'OCDE sur la politique commerciale n° 177, Paris, Éditions OCDE, 2015. L'OCDE retient cinq types de restriction : 1) à l'entrée d'entreprises étrangères, 2) à la circulation des personnes, 3) à la concurrence, 4) le manque de transparence, et 5) autres. Pour une critique, voir Isabelle Rabaud et Thierry Montalieu, « Une analyse critique des mesures de restriction aux échanges de services » (2012) 63:4 RÉ 779.

⁶⁶ L'OCDE retient quatre types de restrictions : 1) les seuils autorisés pour les participations étrangères; 2) les mécanismes de filtrage ou d'autorisation; 3) les restrictions à l'emploi d'étrangers à des postes clés; et 4) les restrictions à l'exploitation.

Graphique 2. Indice de restriction du commerce des services numériques

Source : OCDE

Graphique 3. Indice de restriction du commerce des investissements

Source : OCDE

Il ne s'agit évidemment pas de s'arrêter sur les chiffres, mais constatons néanmoins que, malgré l'*ALÉNA*, les obstacles restent encore nombreux tant pour les services que pour les investissements⁶⁷. Voyons ce que vient changer l'*ACÉUM*. Les

⁶⁷ Une étude des Affaires mondiales montre que la mise en œuvre de l'*ACÉUM* devrait faire baisser les indices de restriction dans les secteurs des services et des services financiers. Affaires mondiales, « L'Accord Canada-États-Unis-Mexique : analyse des répercussions économiques » (2020), en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/accords-accords/cusma-ACÉUM/CUSMA-impact-repercussion-fr.pdf>>.

services y sont couverts par quatre (4) chapitres : « le commerce transfrontière des services » (chapitre 15), « les services financiers » (chapitre 17), « les télécommunications » (chapitre 18) et « le commerce numérique » (chapitre 19)⁶⁸.

L'application du traitement national et du traitement NPF ainsi que l'application de la méthode de la liste négative ont considérablement élargi depuis l'*ALÉNA* l'accès aux marchés des services⁶⁹. Le chapitre 15 intègre les dispositions de l'*AGCS*, renforce les principes d'équité, de concurrence et de transparence, et présente de manière beaucoup plus détaillée que dans l'*ALÉNA* les règles à suivre en matière de réglementation (art 15.8), de reconnaissance (art 15.9) et de paiements et transferts (art 15.12). À cet égard, l'article 15.8 invite les Parties à faire en sorte « qu'une mesure d'application générale affectant le commerce des services soit administrée d'une manière raisonnable, objective et impartiale » ou encore que « l'exigence ou la procédure soit fondée sur des critères objectifs et transparents »⁷⁰. Le chapitre sur les services financiers semble avoir donné plus de satisfaction aux États-Unis, un secteur où les exigences canadiennes et mexicaines ont toujours été grandes. Parmi les nouveautés, on notera les facilités et garanties en matière de transfert de l'information, de localisation et d'entreposage informatique des données, de protection et de fourniture de nouveaux services financiers, ainsi que la création d'un Comité sur les services financiers composé de fonctionnaires avec le mandat de superviser la mise en œuvre de l'accord.

Le chapitre sur le commerce numérique (chapitre 19) est un autre chapitre de l'*ACÉUM* qui attire l'attention, et ce d'autant qu'il semble promis à servir de modèle⁷¹. Tout d'abord, il réitère le principe de liberté dans le transfert de renseignements par voie électronique (art 19.11) et de même que celui de libre circulation de l'information sur les territoires des parties. Ensuite, l'accord élimine tout droit de douane, redevance ou autres impositions sur le commerce de produits numériques, mais il n'empêche pas, en revanche, l'imposition de taxes intérieures (art 19.3). Il interdit par ailleurs aux gouvernements de faire de l'utilisation et de l'emplacement territorial de services informatiques une exigence à la pratique des affaires (art 19.12). Il protège également les codes sources des logiciels propres à une entreprise (art 19.16) et, surtout, il étend la protection aux plateformes d'Internet d'hébergement « en cas de préjudices liés aux renseignements stockés, traités, transmis, distribués ou mis à disposition par le service » (art 19.17) et enjoint ainsi les Parties à distinguer clairement les plateformes des sites de création en matière de responsabilité pour le contenu. Enfin, la coopération y occupe une place importante, avec deux articles. Le premier, consacré à la coopération (art 19.14), a été placé sous le chapeau de la mondialisation et de l'interopérabilité. C'est dans cette double perspective que l'*ACÉUM* invite les Parties à coopérer entre elles, avec les organisations internationales ainsi qu'avec le secteur privé dont il s'agit d'encourager l'élaboration « de

⁶⁸ Seul le chapitre 19 est nouveau. Les trois autres domaines étaient couverts, respectivement, par les chapitres 12, 13 et 14.

⁶⁹ Le chapitre préserve les droits du Canada de légiférer et de réglementer dans les domaines de la santé, de l'éducation et aux autres services sociaux, de la culture, du cabotage maritime, des pêches et des questions liées aux Autochtones et aux minorités.

⁷⁰ L'*ACÉUM* ouvre aussi la porte à des accords de reconnaissance mutuelle pour les services professionnels.

⁷¹ Pour une analyse détaillée de ce chapitre, je renvoie à l'article de Patrick Leblond dans ce numéro.

méthodes d'autoréglementation favorisant le commerce numérique, y compris de codes de conduite, de contrats types, de lignes directrices et de mécanismes de mise en application » (art 19.14.1.d)⁷². La coopération s'étend également à la protection des consommateurs et des renseignements personnels⁷³, de même qu'à la cybersécurité qui fait l'objet d'un article et de modalités spécifiques (art 19.15)⁷⁴.

D. La coopération réglementaire

La coopération réglementaire a de nombreuses facettes et prend des formes différentes d'un domaine à l'autre. Un chapitre particulier, le chapitre 28, vient établir un cadre institutionnel centralisé, avec le mandat de coordonner la coopération et la convergence réglementaires.

1. LES OBJECTIFS

Contrairement à d'autres ACR, ce chapitre ne porte pas spécifiquement sur la coopération réglementaire, mais sur les « bonnes pratiques de réglementation ». Son objet est de « promouvoir la qualité des cadres réglementaires, grâce à une transparence accrue, à une analyse approfondie des objectifs et à une plus grande responsabilisation et prévisibilité » (art 28.2). Il est de plus précisé que l'application des bonnes pratiques :

1) « peut faciliter le commerce et l'investissement internationaux, en plus de promouvoir la croissance économique, tout en aidant chacune des Parties à réaliser ses objectifs de politique publique (y compris en matière de santé, de sécurité et de protection de l'environnement) au niveau de protection qu'elle estime appropriée »;

2) « peut aider à mettre en place des approches en matière de réglementation compatibles entre les Parties, et à réduire ou à éliminer les exigences réglementaires contradictoires, inutilement lourdes ou qui font double emploi »; et 3) les « bonnes pratiques de réglementation sont également essentielles à une coopération efficace en matière de réglementation ».

La définition qui est donnée de la coopération réglementaire à l'article 28.1 est plus concise et va beaucoup plus loin que celle qu'en donne l'OCDE⁷⁵.

⁷² On notera que dans une perspective d'efficacité et d'amélioration de la gouvernance publique, l'*Accord* encourage les gouvernements à utiliser les outils et instruments technologiques.

⁷³ L'*ACÉUM* reprend le modèle développé par l'OCDE et par l'APEC, en collaboration d'ailleurs avec l'OCDE.

⁷⁴ Les Parties préfèrent mettre de l'avant les approches fondées sur le risque, jugées plus efficaces, que la réglementation.

⁷⁵ On ne retrouve pas de définition des bonnes pratiques dans ce chapitre. Pas plus d'ailleurs que dans le *Protocole d'entente concernant le Conseil de coopération Canada-États-Unis en matière de réglementation* signé le 4 juin 2018. Par contre, le *Protocole d'entente pour l'avancement des bonnes pratiques réglementaires* signé par le Canada et le Mexique le 7 février 2018, en fournit une : « Bonnes pratiques réglementaires signifie des processus et des systèmes, des outils et des méthodes reconnus à

Définition de l'ACÉUM : « **Coopération en matière de réglementation** désigne les efforts déployés par au moins deux Parties visant à prévenir, à réduire ou à éliminer les différences réglementaires inutiles pour faciliter le commerce et promouvoir la croissance économique, tout en maintenant ou en améliorant les normes de santé et de sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement » (art 28.1).

Définition de l'OCDE : « (...) la **CRI internationale** désigne toute mesure prise par un pays ou une juridiction, formelle ou informelle, unilatérale, bilatérale ou multilatérale, qui vise à promouvoir la coordination ou la cohérence, sous une forme ou une autre, de la conception, du suivi, de la mise en œuvre ou de la gestion ex post des lois et réglementations »⁷⁶.

Certes, le texte de l'*Accord* garantit le respect des choix collectifs en matière de santé, de sécurité publique et d'environnement. De même, rappelle-t-il, que les dispositions du chapitre ne peuvent empêcher une partie « de poursuivre ses objectifs de politique publique (y compris en matière de santé, de sécurité et de protection de l'environnement) au niveau qu'elle estime approprié », mais il n'en demeure pas moins que les priorités de la coopération vont au commerce et à la croissance et que c'est dans cette perspective que la coopération doit être poursuivie.

2. LES AGENCES DE COOPÉRATION

Sur le plan institutionnel, l'*ACÉUM* prévoit quatre choses : 1) une coordination réglementaire centralisée spécialement mandatée pour promouvoir les bonnes pratiques réglementaires à l'intérieur des agences gouvernementales et paragouvernementales; 2) la création d'un comité trilatéral sur les bonnes pratiques; 3) un mécanisme de consultation intergouvernemental et des points de contact ministériels; et 4) la constitution de sous-comités et de groupes de travail de même que le recours à des groupes ou organismes consultatifs d'experts. Le rôle du comité trilatéral consiste essentiellement à coordonner les activités, à surveiller la mise en œuvre et le suivi des décisions, à mener des consultations et enquêtes, à coordonner les activités des sous-comités et autres groupes de travail. Notons par ailleurs qu'il est également fait référence à la coopération réglementaire dans plusieurs des chapitres de l'accord, notamment à ceux qui traitent de l'énergie, des télécommunications, des normes SPS, ou encore de l'environnement. Elle ne se limite donc pas aux seuls domaines que nous avons abordés.

3. LES PROCESSUS

L'objectif recherché dans le cas des standards techniques reste évidemment l'harmonisation, mais, à défaut d'y parvenir, la procédure de reconnaissance mutuelle

l'échelle internationale dans les domaines comme l'élaboration de la réglementation, la coopération réglementaire, la mobilisation des intervenants, l'ouverture et la transparence, et au-delà, pour améliorer la qualité des règlements » (art 2, « Définitions »).

⁷⁶ *Politique de la réglementation : Perspectives de l'OCDE 2018, supra note 6 à la p 137.*

reste une option de deuxième meilleur choix⁷⁷. L'Union européenne a une longue pratique en la matière ; il n'est donc pas étonnant qu'elle et le Canada soient parvenus à s'entendre pour inclure dans l'*AÉCG* plusieurs protocoles de reconnaissance mutuelle et, dans la même veine, pour octroyer à certains organismes mutuellement reconnus un pouvoir de certification⁷⁸. Avec l'*ACÉUM*, la coopération réglementaire prend une autre dimension que dans l'*ALÉNA*, mais, pour autant, la démarche méthodologique ne fait que reprendre celle qui avait déjà été adoptée dans le cadre des travaux des conseils de coopération bilatéraux évoqués plus haut⁷⁹. À ceci près cependant que, premièrement, elle est présentée de manière très détaillée, et deuxièmement, que le fait de l'inclure dans un accord commercial lui donne plus de force.

Les procédures sont, en effet, très balisées et longuement exposées. Il n'y pas moins de 15 articles successifs, selon une logique qui suit d'ailleurs d'assez près l'ensemble du processus réglementaire, de la planification initiale des règlements à leur mise en œuvre et leur examen rétrospectif en passant par leur élaboration, la consultation des experts, les études d'impact, ou encore la publicisation. Deux articles sont particulièrement importants : celui sur l'élaboration des règlements (art 28.9) et celui sur l'étude d'impact (art 28.11). L'article 29.9 insiste sur la transparence du processus, la diffusion de l'information et l'étude d'impact, mais aussi sur la possibilité de toute personne intéressée d'apporter ses commentaires, et ce « peu importe son lieu de domicile ». Les réglementations qui ont une incidence importante sur le commerce font l'objet d'une attention particulière. Notons par ailleurs qu'il est attendu de chacune des Parties non seulement qu'elle publie, annuellement, la liste des règlements qu'elle entend adopter ou proposer au cours des douze prochains mois, mais également qu'elle présente les résultats probants des études de même que les fondements scientifiques et techniques sur lesquels reposent les décisions. Outre l'avis consultatif de groupes d'experts, l'*ACÉUM* prévoit que toute réglementation fait l'objet d'une étude d'impact (art 28.11) et, plus tard, d'un examen rétrospectif (art 28.13).

Enfin, on relèvera la possibilité de recourir au mécanisme de règlement des différends. L'article 28.2 est très alambiqué, mais il ouvre néanmoins une brèche dans la pratique établie de ne pas recourir au mécanisme de règlement des différends en matière de coopération réglementaire. Après avoir reconnu qu'il était toujours possible de trouver une solution mutuellement satisfaisante, le texte commence d'abord par en appeler, ce qui est déjà fort étonnant, au discernement des Parties pour évaluer l'utilité d'y recourir (28.20.1), pour ensuite préciser que ce recours restera limité aux seuls différends « portant sur une action ou une inaction soutenue ou répétée qui est contraire à une disposition du présent chapitre » (28.20.3).

⁷⁷ Une troisième option est possible : l'équivalence réglementaire, ou reconnaissance mutuelle renforcée. Elle implique un examen réciproque des systèmes réglementaires.

⁷⁸ On y retrouve notamment un protocole particulier pour la fabrication des produits pharmaceutiques et un protocole général qui vise une longue liste de produits.

⁷⁹ Cela explique pourquoi les trois pays se sont très rapidement entendus sur les orientations et le contenu de ce chapitre.

Négocié dans un contexte de retour en force des États-Unis dans les affaires économiques mondiales, l'*ALÉNA* permit à ces derniers de faire bouger les lignes au GATT et de déboucher sur une série d'accords qui allaient orienter la gouvernance commerciale internationale dans de nouvelles directions. Parallèlement, l'*ALÉNA* permit de mettre en place en Amérique du Nord un modèle d'intégration de type contractuel orienté vers l'intégration corporative transformant ainsi une intégration de facto déjà avancée en une intégration de jure. L'*ACÉUM* poursuit et approfondit cette intégration en modernisant et en adaptant les dispositions de l'*ALÉNA* aux nouvelles réalités économiques internationales, en élargissant le champ couvert par les disciplines commerciales à de nouveaux domaines et, surtout, en faisant la part belle à ce qui reste encore un des grands obstacles à l'intégration, la réglementation.

L'*ACÉUM* n'a pas d'ambitions internationalistes comme les États-Unis ont pu en avoir avec l'*ALÉNA*, mais ne sous-estimons pas pour autant la portée et l'impact d'un accord qui engage désormais les Parties sur la route de la convergence et de la coordination réglementaires. À défaut de projet commun comme en Europe, le Canada et le Mexique ont choisi de suivre les États-Unis et d'adopter la même démarche qu'eux, à la fois axée sur les bonnes pratiques et leur convergence, orientée vers la facilitation et la fluidité des échanges, et soumise aux disciplines d'une concurrence dite équitable. Sauf exception, cela revient à un moment ou à un autre à aligner les normes et les règlements canadiens et mexicains sur ceux du marché dominant, en l'occurrence celui des États-Unis, et par le fait même, à faire de toute réglementation, y compris dans les domaines aussi sensibles que ceux de la santé, de l'éducation, de l'environnement, des services sociaux ou encore de la culture, l'objet d'un marchandage dès lors que ces domaines sont ouverts au commerce et, donc, soumis aux contraintes d'un droit des affaires et d'une concurrence internationalisés. Avec son chapitre 28 sur les bonnes pratiques de réglementation, l'*ACÉUM* vient en quelque sorte consacrer ce modèle de rapprochement réglementaire amorcé dans le cadre des commissions bilatérales, en le régionalisant et en lui apportant la force contractuelle d'un accord de libre-échange.

À bien des égards, ce modèle suit de près la voie préconisée par l'OCDE. Il s'en démarque néanmoins sur deux points. Tout d'abord, contrairement à celle de l'OCDE, plus ouverte, la définition que donne l'*ACÉUM* de la coopération en matière de réglementation est clairement orientée, comme on peut s'y attendre dans tout accord commercial, vers la facilitation du commerce et la promotion de la croissance. Il est, certes, « entendu que le présent chapitre n'empêche pas une Partie : a) de poursuivre ses objectifs de politique publique (y compris en matière de santé, de sécurité et de protection de l'environnement) au niveau qu'elle estime approprié... » (article 28.2), mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une réserve. À cet égard, on prendra la mesure des différences entre l'*ACÉUM* et l'*AÉCG*. Dans les deux cas, il s'agit de rapprocher les réglementations et d'en améliorer l'efficacité pour faciliter le commerce et l'investissement, mais alors que dans l'*AÉCG*, il est clairement spécifié dans les principes que « les Parties s'engagent à assurer des niveaux élevés de protection de la

vie et de la santé des personnes et des animaux, de préservation des végétaux et de protection de l'environnement... » (art 21.2), le respect des choix collectifs et des objectifs de politique publique deviennent, dans l'*ACÉUM*, des contraintes, autrement dit des obligations qu'il s'agit de respecter. Les chapitres 23 sur le travail et 24 sur l'environnement, par exemple, les rappellent, avec force d'ailleurs, mais l'expérience montre que la vigilance s'impose et que rien n'est acquis d'avance.

Ensuite, la coopération est axée, comme le recommande l'OCDE, dans l'*ACÉUM* sur les bonnes pratiques, repose sur les études scientifiques et techniques, et est soumise aux études d'impact et de résultat. Mais on observera que la consultation et les discussions restent largement cantonnées aux experts et aux parties intéressées, autrement dit essentiellement commerciales, alors qu'elles sont plus larges et ouvertes au débat public dans l'*AÉCG*, ou du moins peuvent l'être comme le Forum de coopération en matière de réglementation en donne la possibilité (art 21.6). L'expérience nous dira ce qu'il adviendra de ces modes opératoires dans les deux accords, mais il n'en demeure pas moins que les négociateurs ont pris soin en rédigeant le texte de l'*ACÉUM* de ramener le plus possible le débat sur la coopération réglementaire à un débat technique sur les bonnes pratiques tout en cherchant à encadrer le processus du mieux qu'ils pouvaient pour éviter ainsi que les débats de société ne viennent croiser ceux sur le commerce !

LE CHAPITRE SUR LE TRAVAIL DANS L'ACÉUM : UN PROGRÈS PAR RAPPORT À L'ANACT, DES ATTENTES À CONCRÉTISER

Sylvain Zini*

Depuis la signature de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT)* en 1993, le Canada et les États-Unis ont pris l'habitude d'inclure des dispositions en matière de travail dans la plupart des accords commerciaux qu'ils ont signé depuis lors. Alors que l'*ANACT* a été un échec dans la mesure où le mécanisme de résolution des différends n'a jamais pu être utilisé, les États-Unis ont fait évoluer leur modèle vers des chapitres sur le travail dès l'accord avec la Jordanie (2000). Malgré des reculs dès les accords commerciaux de l'ère Bush (2002-2006), une « Nouvelle politique commerciale » pour l'Amérique a permis de renforcer les obligations en matière de travail dans les accords signés entre 2007 et 2011 par les États-Unis. Du côté canadien, l'approche minimaliste conforme à l'*ANACT* a été maintenue jusqu'en 2008, date à laquelle de nouvelles dispositions sur le travail plus exigeantes ont été incluses dans les accords commerciaux signés entre 2008 et 2014. Par ailleurs, dans le cadre du *Partenariat transpacifique global et progressiste*, le Canada a maintenu son modèle, alors que dans l'*Accord économique et commercial global*, il a dû céder face aux exigences européennes, notamment en excluant toute possibilité de sanction en cas de non-respect des engagements pris en matière de travail. L'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* s'est quant à lui matérialisé par une amélioration des dispositions incluses dans le chapitre sur le travail. Des engagements plus fermes (interdiction du travail forcé, égalité des genres, protection des travailleurs migrants), ainsi que l'inclusion d'une annexe appelant à établir des mesures concrètes pour la protection effective du droit d'association au Mexique semble marquer la volonté de rendre les engagements en matière de travail plus rigoureux. Enfin, la mise en œuvre d'un nouveau mécanisme de résolution rapide des litiges semble prometteuse, et fait porter pour la première fois la responsabilité d'un manquement sur l'entreprise fautive.

Since the *North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC)* has entered into force in 1993, Canada and the United States include labor provisions in most trade agreements they have signed. While the *NAALC* was a failure because of an unusable dispute resolution mechanism, the United States evolved its model into labor chapters as soon as the agreement with Jordan (2000). Despite setbacks from the Bush-era trade agreements (2002–2006), a “New Trade Policy” for America has made it possible to strengthen labor obligations in the agreements signed between 2007 and 2011 by the United States. On the Canadian side, the minimalist approach in accordance with the *NAALC* was maintained until 2008, when new stronger labor provisions were included in the trade agreements signed between 2008 and 2014. In addition, in within the framework of the *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, Canada has maintained its model, while in the *Comprehensive Economic and Trade Agreement*, it had to give in to European requirements, in particular by excluding any possibility of sanctions in the case of non-compliance with commitments made in terms of labour. The *Canada-United States-Mexico Agreement*, on the other hand, materialized with an improvement in the provisions included in the chapter on labour. Stronger commitments (prohibition of forced labor, gender equality, protection of migrant workers), as well as the inclusion of an annex calling for the establishment of concrete measures for the effective protection of the right of association in Mexico seem to mark the desire to make labour commitments more rigorous. Finally, the implementation of a new rapid dispute resolution mechanism looks promising, and for the first time places responsibility for a breach on the offending company.

* Sylvain Zini est chargé de cours à l'Université du Québec à Montréal (UQÀM), à l'Université de Montréal, à l'Université de Sherbrooke et à l'Université du Québec en Outaouais (UQO). Il est aussi chercheur membre du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM). Après avoir obtenu un master en sciences économiques à Grenoble, il a complété un doctorat en science politique de l'UQÀM en 2013. Ses travaux portent sur les mécanismes visant à concilier la mondialisation avec le progrès social, sur les politiques économiques et sociales et sur le régionalisme dans les Amériques.

Desde la firma del *Acuerdo de Cooperación Laboral para América del Norte (ACLAN)* en 1993, Canadá y Estados Unidos han adoptado como práctica incluir disposiciones laborales en la mayoría de los acuerdos comerciales que han firmado desde entonces. Si bien el *ACLAN* fue un fracaso en el sentido de que nunca se pudo utilizar el mecanismo de resolución de disputas, Estados Unidos evolucionó su modelo hacia capítulos laborales tan pronto como el acuerdo con Jordania (2000). A pesar de los retrocesos de los acuerdos comerciales de la era Bush (2002-2006), una “Nueva Política Comercial” para América permitió fortalecer las obligaciones laborales en los acuerdos firmados entre 2007 y 2011 por Estados Unidos. Del lado canadiense, el enfoque minimalista consistente con el *ACLAN* se mantuvo hasta 2008, cuando se incluyeron nuevas disposiciones laborales más exigentes en los acuerdos comerciales firmados entre 2008 y 2014. En el marco de la *Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico*, Canadá mantuvo su modelo, mientras que en el *Acuerdo Económico y Comercial Global* tuvo que ceder ante las exigencias europeas, en particular excluyendo cualquier posibilidad de sanción en caso de incumplimiento de los compromisos laborales. El *Tratado México-Estados Unidos-Canadá* se materializó a través de una mejora de las disposiciones incluidas en el capítulo laboral. Compromisos más firmes (prohibición del trabajo forzoso, igualdad de género, protección de los trabajadores migrantes), así como la inclusión de un anexo llamando al establecimiento de medidas concretas para la protección efectiva del derecho de asociación en México parecen marcar la voluntad de hacer compromisos laborales más estrictos. Finalmente, la implementación de un nuevo mecanismo para la resolución rápida de disputas parece prometedora, y por primera vez coloca la responsabilidad de un incumplimiento en la empresa infractora.

Depuis la signature de l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹ (*ALÉNA*), les États-Unis et le Canada ont pris l'habitude d'inclure des dispositions juridiques pour lier les accords commerciaux au respect d'un certain nombre de droits des travailleurs. Que cela soit dans le cadre d'un accord parallèle (comme l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail associé*² (*ANACT*) à l'*ALÉNA*) ou encore sous la forme d'un chapitre dans l'accord, ces dispositions nommées communément « clauses sociales » font partie intégrante des négociations commerciales d'un nombre toujours plus grand de pays et de régions du monde. Selon de nombreux spécialistes, il est possible de distinguer un modèle nord-américain de clauses sociales dans les accords commerciaux. Quel est ce modèle nord-américain ? Quelle a été l'évolution de celui-ci entre l'*ALÉNA* et l'*Accord entre le Canada les États-Unis et le Mexique*³ (*ACÉUM*) ? Quelles sont les particularités de l'*ACÉUM* en la matière ? Nous verrons que si les chapitres sur le travail restent globalement insuffisants pour appuyer une protection effective des droits des travailleurs dans le cadre des accords commerciaux, nous pouvons observer une progression substantielle des mécanismes et des normes inclus dans ces chapitres ou accords parallèles. À ce titre, nous pouvons affirmer que l'*ACÉUM* est un accord qui semble confirmer cette tendance, même si c'est dans la mise en pratique que l'on pourra porter un jugement plus complet.

Dans un premier temps, nous reviendrons brièvement sur les caractéristiques des modèles américains et canadiens entre la signature de l'*ALÉNA* et les négociations de l'*ACÉUM*. Dans un deuxième temps, nous identifierons les éléments de contexte qui expliquent les tournures prises dans l'édification du chapitre sur le travail de l'*ACÉUM* ainsi que les principaux développements nouveaux au sein du chapitre sur le travail et dans les annexes qui lui sont reliées.

I. De l'*ANACT* au *PTPGP*

Les clauses sociales nord-américaines ont été incarnées par plusieurs modèles. Dans le cas des États-Unis⁴, on peut distinguer quatre modèles : l'*ANACT* (1993), le modèle de son accord avec la Jordanie (2001), le modèle Bush (2002-2006) et le modèle de la « Nouvelle politique commerciale pour l'Amérique » (ci-après, NPCA (2007-2011)). Dans le cas du Canada, le modèle *ANACT* a été suivi d'accords ressemblant à cette première mouture jusqu'en 2008. Après l'accord avec le Pérou, le modèle canadien s'est rapproché de celui défendu par les États-Unis, version NPCA.

¹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

² *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, 13 septembre 1993 (entrée en vigueur : 1994) [*ANACT*].

³ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, Canada États-Unis et Mexique, 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1 juillet 2020) [*ACÉUM*].

⁴ Depuis l'*ALÉNA*, les États-Unis ont négocié des ALE avec dix-sept pays (Jordanie, Chili, Singapour, Australie, Maroc, Bahreïn, Oman, République dominicaine, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Pérou, Colombie, Panama et Corée).

A. Le modèle de l'*ANACT*

L'histoire des clauses sociales nord-américaines commence avec la signature d'un accord parallèle à l'*ALÉNA* : l'*ANACT*. Cette clause sociale doit son existence à la volonté du président Clinton, nouvellement élu, et des élus démocrates au Congrès de se différencier de son prédécesseur républicain. L'enthousiasme du gouvernement américain pour promouvoir cette clause sociale, fort de l'appui des acteurs syndicaux et associatifs, a toutefois dû se confronter à la forte opposition des gouvernements mexicain et canadien, mais aussi des milieux d'affaires américains⁵. De cette situation conflictuelle, il en est ressorti une clause sociale ne satisfaisant personne. Selon les militants favorables aux droits des travailleurs ainsi que les spécialistes du droit du travail⁶, l'*ANACT* n'a pas tenu ses promesses, contrairement à l'accord sur l'environnement. Rappelons tout de même que l'*ANACT*⁷, signé en 1993 par le Canada, le Mexique et les États-Unis, engageait les pays signataires à respecter onze principes que « les parties ont à cœur [de] promouvoir »⁸. L'*ANACT* est doté d'une commission de coopération dans le domaine du travail. Celle-ci était dirigée par un conseil ministériel composé des trois ministres du Travail, ainsi que d'un secrétariat trinational permanent basé au départ à Dallas, déplacé plus tard à Washington⁹, pour finalement être fermé en 2013. Celui-ci était doté d'un budget de 2,1 millions de dollars. À un deuxième niveau, les Bureaux administratifs nationaux (ci-après, les BAN) étaient chargés d'assurer la coopération trilatérale dans le domaine du travail au jour le jour, mais aussi d'enregistrer les témoignages et pétitions visant à dénoncer les manquements

⁵ Frederick D Mayer, *Interpreting NAFTA: The Art and Science of Political Analysis*, New York, Columbia University Press, 1998; Sylvain Zini, « Exporter le New Deal: les normes du travail dans la politique commerciale des États-Unis » (2016) Québec, Presses de l'Université du Québec; Sylvain Zini, « L'*ANACT*, d'un précédent original à un cuisant échec? Retour sur son origine et sa portée » dans Dorval Brunelle, dir, *L'ALÉNA à 20 ans : un accord en sursis un modèle en essor*, Éditions IEIM, Montréal, 2014, à la p 349.

⁶ Voir entre autres : Pharis Harvey, « North American Agreement on Labor Cooperation: A Non-Governmental View » Conference on Social Clauses and Environmental Standards in International Trade Agreements : Links, Implementation and Prospects, présenté à Bruxelles, 31 mai 1996; Lance A. Compa, « NAFTA's Labor Side Agreement and International Labor Solidarity » (2001) 33:3 *Antipode* 451-467; et Jonathan Graubart, « Legalizing Transnational Activism: The Struggle to Gain Social Change from NAFTA's Citizen Petitions », (2008) Pennsylvania State University Press à la p 184.

⁷ L'*ANACT* est doté d'une structure à cinq niveaux : 1) Commission de coopération dans le domaine du travail; 2) un Conseil ministériel composé des trois ministres du Travail; 3) des Bureaux administratifs nationaux (BAN) qui sont chargés d'enregistrer les témoignages et pétitions visant à dénoncer les manquements aux engagements souscrits; 4) un Comité évalatif d'expert chargé de documenter une cause en arbitrage dans le cas où le conseil ministériel n'est pas capable de s'entendre et 5) un groupe spécial arbitral chargé de régler les litiges en dernier recours.

⁸ Ces principes sont les suivants : « 1) liberté d'association et droit d'organisation; 2) droit de négociation collective; 3) droit de grève; 4) interdiction du travail forcé; 5) protections accordées aux enfants et aux jeunes gens en matière de travail; 6) normes minimales d'emploi; 7) élimination de la discrimination en matière d'emploi; 8) égalité de rémunération entre les hommes et les femmes; 9) prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles; 10) indemnisation en cas d'accidents du travail ou de maladies professionnelles; 11) protection des travailleurs migrants », *ANACT*, *supra* note 2.

⁹ La Commission l'*ANACT* possédait un champ d'intervention très large : coopération, réalisation d'études indépendantes, mise en œuvre de séminaires de formation, etc., mais limitée à de la coopération. Elle ne joue aucun rôle dans le processus de contrôle des mécanismes de l'accord. *ANACT*, *supra* note 2.

aux engagements souscrits¹⁰. Si la plainte était jugée acceptable, le BAN proposait la mise en place d'une consultation ministérielle.

Le non-respect répété des principes inscrits dans l'*ANACT* au sein d'un des trois pays pouvait en effet faire l'objet de plaintes ou de « communications du public ». La discussion portait sur les faits évoqués dans la plainte rédigée et étoffée par l'enquête du BAN. Les ministres décidaient collectivement de la solution à apporter aux problèmes soulevés. Dans le cas d'une absence de consensus, et seulement pour les droits non collectifs, un comité d'experts pouvait offrir un éclairage sur les dispositions à prendre pour résoudre le problème. Dans le cas de trois droits¹¹, et si la partie plaignante n'était pas satisfaite par les actions mises en place par la partie visée, un groupe spécial d'arbitrage pouvait être convoqué afin de trancher le litige. Et si le pays accusé n'applique pas les recommandations de ce groupe spécial, il devait alors s'acquitter d'une pénalité pouvant aller jusqu'à un maximum de 20 millions de dollars ou 0,007% de la valeur du commerce bilatéral entre les parties concernées, voire une suspension des privilèges reliés à l'*ALÉNA* si la partie refuse de payer la compensation financière, à un niveau permettant de recouvrer la valeur de la pénalité identifiée par le panel arbitral¹². À ce titre, l'*ANACT* a permis le dépôt de trente-neuf pétitions alléguant qu'une des trois parties ne respectait pas ses engagements¹³. De toutes ces procédures, vingt-six ont été acceptées pour examen et dix-sept ont abouti à une consultation ministérielle et aucune n'a fait l'objet d'une consultation d'experts ni été portée devant le panel arbitral, ce qui est apparu pour les défenseurs des droits du travail comme un échec de la clause sociale parallèle à l'*ALÉNA*¹⁴.

¹⁰ Mary Jane Bolle, « NAFTA Labor Side Agreement: Lessons for the Worker Rights and Fast-Track Debate » (2001), Congressional research service, CRS report for Congress, Washington D.C.

¹¹ Seuls les principes liés à la santé et à la sécurité au travail, au travail des enfants ou au salaire minimum sont assujettis au mécanisme de règlement des différends pouvant conduire à des pénalités monétaires, *ANACT*, *supra* note 2.

¹² *ANACT*, *ibid* **Erreur ! Signet non défini.**

¹³ É-U, Department of Labor, Division of Trade Agreement Administration and Technical Cooperation, U.S. Department Of Labor *Status of Submissions under The North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC)*, Washington D.C., U.S. Govt. (2021) *ANACT*, 2014, « Summary of public communications ».

¹⁴ Graubart, *supra* note 6 et Robert G. Finbow, *The Limits of Regionalism : NAFTA's Labour Accord*, International political economy of new regionalisms series, New York(NY), Ashgate Pub, 2006 à la p 29.

Tableau 1. Bilan du traitement des plaintes dans le cadre de l'ANACT entre 1994 et 2018

Partie plaignante	États-Unis	Mexique	Canada	Total
Étapes du processus de plainte				
Nombre total de pétitions déposées au BAN	23	10	6	39
Dont :				
Pétitions retirées par les soumissionnaires	4	0	0	4
Pétitions rejetées par le BAN	7	0	2	9
Nombre de pétitions acceptées pour examen	12	10	4	26
Dont :				
Examen en cours	1	0	2	3
Examen sans conséquence	3	2	1	6
Demande de consultation ministérielle ou entente ministérielle écrite	8	8	1	17
Dont :				
Comités d'expert	0	0	0	0
Dont :				
Panel arbitral	0	0	0	0
Dont :				
Pénalité financière ou commerciale	0	0	0	0

Cet accord a permis de rapprocher les ministères du Travail des trois parties et de faire émerger une certaine solidarité syndicale transfrontalière, mais qui s'est essoufflée avec le temps¹⁵. Il a pu aussi dans certains dossiers précis mettre à jour des pratiques prédatrices d'entreprises installées en Amérique du Nord, et, ce faisant, a contribué à les faire disparaître¹⁶. Toutefois, la plupart des spécialistes et des défenseurs des droits des

¹⁵ Dalil Maschino, « L'ALENA et le travail : un cas précurseur ou une entente aujourd'hui dépassée » dans Dorval Brunelle & Christian Deblock, dir, *L'ALENA : Le Libre-Échange En Défaut*, Montréal (Qc), Fides, 2004 à la p 345.

¹⁶ Par exemple, suite à une pétition rédigée par Human Rights Watch et l'International Labor Rights Fund en 1997, le gouvernement américain a sollicité une consultation ministérielle concernant des allégations avec preuve selon lesquelles des entreprises mexicaines localisées dans les maquiladoras faisaient passer

travailleurs ont fortement critiqué ce modèle de clause sociale. Essentiellement, nous pouvons résumer deux limites de l'*ANACT* : l'accord ne serait pas assez contraignant, le texte comme les institutions seraient impuissants à protéger adéquatement des droits des travailleurs en Amérique du Nord¹⁷ ; par ailleurs l'application de l'accord est étroitement soumise à la volonté politique des gouvernements¹⁸.

Malgré toutes ces limites, le Canada a misé sur la continuité jusqu'en 2008. Il a négocié un accord « parallèle pratiquement identique avec le Chili en 1997 puis un second avec le Costa Rica en 2002. Le Canada a privilégié l'approche coopérative accompagnée d'un soutien financier et technique. Dans le cas de l'accord avec le Chili, le Canada a reproduit quasiment à l'identique le modèle institutionnel de l'*ANACT*¹⁹. L'accord avec le Costa Rica est également inclus dans la continuité des deux précédents. Il introduit quelques modifications institutionnelles²⁰. D'une part, il fait explicitement référence aux droits fondamentaux de la *Déclaration de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*²¹ [DDFT] de 1998 et d'autre part, en cas de violation, l'accord prévoit la réunion d'un groupe spécial, il n'est plus question de pénalités monétaires ni de sanctions commerciales.

des tests de grossesse à l'embauche ou après embauche aux femmes afin d'éviter de payer des prestations de maternité. Ce cas flagrant de discrimination à l'embauche a donc été traité et a débouché sur une déclaration gouvernementale tripartite (États-Unis-Canada-Mexique) visant à mettre fin à cette pratique. Si cela n'a pas éliminé définitivement le problème, les entreprises visées ont dû renoncer à ces pratiques discriminatoires, l'attention médiatique et gouvernementale les contraignant à réviser leur pratique. Voir Human rights watch et le International Labor Rights Fund, *Submission Concerning Pregnancy-Based Sex Discrimination in Mexico's Maquiladora Sector to the United States*, National Administrative Office, submission n 9701, Washington DC, 1997 à la p 4.

¹⁷ Les possibilités de recours sont très limitées et les mécanismes de règlement des différends semblent inopérants. La structure juridique qui les fonde est trop floue pour permettre quelque application concrète que ce soit. Par ailleurs les institutions qui régissent les accords commerce-travail sont tout sauf transparentes et efficaces. La Commission de coopération dans le domaine du travail est régie par un Secrétariat qui pilote des recherches sur des questions d'ordre essentiellement technique de manière à éviter toute tension diplomatique. De plus, les limites techniques et financières empêchent une forme d'implication plus sérieuse. Dans le cas des plaintes soumises aux BAN, les procédures d'examen sont extrêmement longues, ne freinant pas la poursuite de pratiques prédatrices avant plusieurs années. L'aboutissement d'une procédure est donc plus qu'incertain. Voir entre autres Jonathan Graubart, « Giving Teeth to NAFTA's Labour Side Agreement » dans John J. Kirton et Virginia White Maclaren, dir, *Linking Trade, Environment, and Social Cohesion : NAFTA Experiences*, Global Challenges, Aldershot (ON), Ashgate, 2002 à la p 222.

¹⁸ Le degré d'implication des gouvernements au sujet de droits des travailleurs varie fortement selon leur sensibilité politique et leur idéologie. Plus précisément, les gouvernements progressistes ont davantage joué le jeu que ceux qui étaient plus conservateurs. Voir Zini, *supra* note 5.

¹⁹ Cet accord est quasiment identique à l'*ANACT*. Cependant, les pénalités monétaires sont moindres (10 millions de dollars en regard de 20 millions de dollars pour l'*ANACT*) et il ne prévoit pas la suspension d'avantages commerciaux. Voir Yanick Noiseux, *Le Canada et la gouvernance du travail dans le contexte de la mondialisation : état des lieux*, Rapport du projet Gouvernance globale du travail, Montréal : CEIM, 2006.

²⁰ *Accord Canada-Costa Rica de coopération dans le domaine du travail*, Canada et Costa-Rica, avril 2001, (entrée en vigueur : novembre 2002) [ACCRCT].

²¹ *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, 18 juin 1998, OIT, (Genève, Bureau international du travail) [*Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi* ou DDFT].

B. Les États-Unis : Une évolution par étapes avant la nouvelle politique commerciale pour l'Amérique

Contrairement au Canada, les États-Unis ont fait évoluer leur clause. Avant 2007, le gouvernement américain a promu deux nouveaux modèles de clauses sociales. Le premier d'entre eux est celui inclus dans l'Accord de libre-échange (ci-après, l'ALE) avec la Jordanie (2000-2001). Cet accord intègre des dispositions relatives au travail dans un chapitre qui est inclus dans le texte de l'ALE. Cet accord marque le retour aux « droits du travailleur internationalement reconnus »²², qui est celui qui est traditionnellement inclus dans la politique commerciale des États-Unis. En cas de violation des dispositions du chapitre sur le travail, il prévoit des sanctions monétaires et commerciales similaires à celles des autres chapitres de l'accord²³. L'accord engage surtout les parties à respecter leur législation nationale et précise que les faibles normes du travail ne doivent pas être utilisées pour encourager le commerce²⁴. Ce modèle a longtemps été défendu comme la référence à suivre du côté des acteurs pro-clauses sociales américains.

Le deuxième de ces modèles regroupe les accords²⁵ conclus conformément à la loi de 2002 sur le commerce et ratifiés avant l'entente de mai 2007 : c'est le modèle Bush qui repose la même liste de droits que le modèle précédent. Toutefois, les accords de 2002-2006 limitent drastiquement le recours à l'arbitrage et créent un mécanisme spécifique dédié au chapitre sur le travail, dont les dispositions sont moins sévères que celles reliées aux autres chapitres. Ce modèle représentait bien la vision conservatrice de l'administration de l'époque : les normes du travail sont un bien de luxe et le libre-échange un droit de l'homme²⁶.

C. Première convergence : les accords commerciaux du Canada et des États-Unis avec le Pérou

Suite au retour de majorités démocrates dans les deux chambres du Congrès américain en 2006, l'administration Bush a dû renforcer les obligations en matière de respect des normes du travail dans les ALE, ce qui va devenir la NPCA. L'accord de « promotion des échanges » avec le Pérou a été le premier à intégrer ces nouvelles

²² Selon la loi américaine, depuis 1984, les droits du travailleur internationalement reconnus [DTIR] sont : « (A) the right of association; (B) the right to organize and bargain collectively; (C) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour; (D) a minimum age for the employment of children (E) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health. » United States, *Trade and Tariff Act of 1984*, Title V, 19 USC au para 2461.

²³ Cela dit, il faut souligner que ces deux pays ont par ailleurs convenu dans une communication écrite que les disputes seraient résolues sans avoir recours aux sanctions et que, les droits fondamentaux du travail internationalement reconnus sont ceux qui sont définis par les États-Unis.

²⁴ Carol Pier, « Workers' Rights Provisions in Fast Track Authority, 1974–2007: An Historical Perspective and Current Analysis » (2006) 13:1 *Ind J of Global Leg Stud* 77 à la p 103.

²⁵ Ce sont les pays suivants : Chili, Singapour, Australie, Maroc, Bahreïn, Oman. S'y ajoutent les six pays de l'accord avec l'Amérique centrale et la République dominicaine.

²⁶ Christian Deblock, *Les États-Unis, le commerce et les normes du travail : Une perspective historique, Gouvernance globale du travail*, Rapport de recherche Gouvernance globale du travail, Montréal, CEIM, 2008; Zini, *supra* note 5.

dispositions. La nouvelle version du chapitre 17 sur le travail illustre un quatrième modèle dont les éléments principaux sont : 1) l'engagement à intégrer dans les lois nationales les normes de la *Déclaration de l'OIT de 1998*²⁷; 2) une clause de non-dérogation; 3) l'application de mécanismes de règlement des différends et des pénalités plus fortes; 4) la mise en place d'un mécanisme de coopération et de renforcement des capacités administratives dans le domaine du travail.

Prenant acte des nouvelles méthodes d'inclusion du travail dans les accords commerciaux, le Canada abandonne l'approche reposant sur un « accord parallèle » en 2008, en lui substituant l'introduction d'un chapitre sur le travail dans le texte même de l'ALE avec le Pérou. Ce chapitre est assorti d'une annexe dont la forme et le contenu sont semblables aux accords parallèles accompagnant les ALE précédemment signés par le Canada. Il comporte cependant des éléments nouveaux qui suggèrent un renforcement de l'approche canadienne. Elle se résume à négocier : 1) des obligations faisant référence à l'« Agenda pour le travail décent » de l'OIT²⁸ et à la *Déclaration de l'OIT de 1998*; 2) une clause de non-dérogation²⁹; 3) des pénalités monétaires en cas de violation qui seront versées dans un fonds destiné à développer des activités de coopération en matière de travail³⁰. Fait remarquable, les lois nationales peuvent, dans une certaine mesure, être contestées par le partenaire commercial dans le cas où elles n'incorporent pas les normes internationales de l'OIT ou si leur application fait défaut.

D. Les accords commerciaux canadiens et américains bilatéraux après 2008, une continuité et quelques innovations

Le Canada a signé et entériné six accords depuis 2007 incluant des dispositions sur le travail³¹, avec la Colombie, le Panama, la Jordanie, le Honduras, l'Ukraine et la Corée du Sud³². Les quatre premiers suivent le modèle de l'accord

²⁷ *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, supra note 20.

²⁸ *Accord Canada-Pérou de coopération dans le domaine du travail et Accord de libre-échange Canada-Pérou*, Canada et Pérou, janvier 2008, (entrée en vigueur : 2009) [*Accord Canada-Pérou*].

²⁹ Cette clause, pour prendre l'exemple de l'*Accord Canada-Pérou* est celle qui stipule que « Toute Partie ne renonce pas ou ne déroge pas, ni n'offre de renoncer ou de déroger, à son droit du travail d'une façon qui affaiblisse ou qui diminue l'adhésion aux principes et aux droits du travail internationalement reconnus énoncés à l'article 1, dans le but de stimuler le commerce ou l'investissement. », *Accord Canada-Pérou*, *ibid* art 2.

³⁰ Ce lien existait auparavant, mais il avait été abandonné dans l'*Accord Canada-Costa Rica* qui ne prévoyait pas de pénalités monétaires.

³¹ À noter qu'aucune disposition en matière de travail n'a été intégrée dans l'*Accord entre le Canada et l'AÉLÉ*, si ce n'est d'une mention dans le préambule de l'accord.

³² Cette section repose sur une analyse comparative des textes réalisée par l'auteur. *Accord de libre-échange Canada-Colombie*, 2008 (entrée en vigueur : depuis le 15 août 2011); *Accord de libre-échange entre le Canada et la Jordanie*, (entrée en vigueur : 1er octobre 2012); *Accord de libre-échange Canada-Panama* (entrée en vigueur : 1er avril 2013); *Accord de libre-échange Canada-Honduras* (entrée en vigueur : 1er octobre 2014); *Accord de libre-échange Canada-Corée (ALECC)*, 22 septembre 2014 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2015). Pour les accords parallèles voir : Négociation et mise en œuvre d'accord internationaux de coopération dans le domaine du travail. Gouvernement du Canada.

avec le Pérou : ils sont composés d'un chapitre intégré au texte de l'ALE et d'un accord parallèle. Ce dernier recouvre l'essentiel de la substance de la clause sociale. Les textes des ALE avec le Pérou et la Colombie tout comme leurs accords parallèles dans le domaine du travail se ressemblent en tous points³³. Les accords avec le Panama, la Jordanie et le Honduras s'apparentent aussi au modèle établi dans l'accord avec le Pérou, avec quelques changements mineurs³⁴. Pour ce qui est des accords avec la Corée du Sud et l'Ukraine, la clause sociale a été entièrement intégrée dans le cadre d'un chapitre de l'accord de libre-échange, sans qu'il y ait un accord parallèle sur le travail. Toutefois, une étude comparative du contenu du chapitre sur le travail de l'*Accord Canada-Corée* et des accords de coopération dans le cadre du travail (ACT) signés depuis 2007 nous permet de souligner que toutes les clauses traditionnelles autrefois incluses dans l'accord parallèle (obligation³⁵, non-dérogation³⁶, coopération³⁷, règlement des litiges, etc.) sont couvertes dans le cadre du chapitre sur le travail dans l'accord commercial et dans ses annexes.

Du côté américain, l'élection de Barack Obama à la présidence des États-Unis a conduit à la mise en veilleuse des accords commerciaux déjà signés, mais non ratifiés par la précédente administration. Toutefois, le résultat des élections de mi-mandat qui ont eu lieu en 2010 aux États-Unis a obligé l'administration démocrate d'Obama à transiger avec la majorité parlementaire républicaine. Entre autres, les républicains vont exiger l'approbation des trois accords signés par l'administration Bush, mais non ratifiés, soient les accords avec le Panama, la Colombie et la Corée du Sud. Tous ces accords incluaient un chapitre sur le travail inspiré du modèle de la NPCA. La question des normes du travail a d'ailleurs soulevé des débats d'intensité variable selon les accords : la question n'était pas un problème dans le cas de la Corée du Sud³⁸ ; une question secondaire pour le Panama et, elle était plutôt un enjeu majeur dans le cas de l'*Accord de libre-échange* entre les États-Unis et la Colombie. Pour ce qui est du Panama, l'administration démocrate a simplement exigé que le gouvernement de ce pays réforme son *Code du travail* de telle manière à ce que ses dispositions s'appliquent dans les zones économiques spéciales qui étaient exemptées jusque-là³⁹.

³³ À titre d'illustration, les deux chapitres et ACT sont composés exactement du même nombre d'articles disposés dans le même ordre et explicitant un contenu quasiment identique.

³⁴ Les chapitres dans ces accords (avec le Panama, la Jordanie et le Honduras) ont un contenu proche de modèle Canada Pérou, toutefois, certains articles ont migré de l'accord commercial vers l'accord parallèle, bien que conservés en intégralité. Par ailleurs certaines sections intégrées dans le corps du texte de l'accord parallèle Canada-Pérou ont été déplacées vers des annexes des autres accords.

³⁵ *Accord Canada-Pérou*, supra note 28.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Quels sont la modalité et le contenu des activités coopératives ? Par exemple, l'accord avec la Corée prévoit la possibilité d'échange d'information, de délégation ou encore la tenue de conférences conjointes. Le champ des activités coopératives peut toucher tous les sujets reliés aux principes énoncés dans le chapitre sur le travail ; Voir *Accord de libre-échange Canada-Corée*, supra note 32.

³⁸ É-U, Congressional Research Services, *The U.S. –South Korea Free Trade Agreement (KORUS FTA): Provisions and Implementation*, R42884, sous la direction de Brock R. Williams, 2014.

³⁹ É-U, Congressional Research Services, *The U.S.–Panama Free Trade Agreement*, RL32540, sous la direction de J.F. Hombeck, 2012.

Restait donc le cas épineux de la Colombie, dont l'incapacité à faire respecter les droits syndicaux suscitait de nombreuses craintes⁴⁰. Pour avoir une prise sur ce problème, le gouvernement américain a négocié avec le gouvernement colombien la mise en place d'un « plan d'action concernant le droit du travail en Colombie » en 2011, dont l'objectif était de fixer des balises de réformes législatives et administratives autour du droit du travail colombien⁴¹. Ce plan d'action s'est concentré sur six grands dossiers dont l'urgence faisait unanimité⁴² : 1) le renforcement de l'inspection du travail ; 2) la réforme du Code criminel, condamnant les responsables de pratiques antisyndicales à des peines d'emprisonnement ; 3) la réforme du cadre législatif des entreprises coopératives⁴³ ; 4) empêcher les agences de travail temporaire de contourner les règles du Code du travail, 5) empêcher la mise en œuvre de pactes collectifs⁴⁴ ; et 6) le renforcement de la protection des dirigeants syndicaux par les forces de l'ordre. En plus de toutes ces réformes, le plan d'action exigeait la mise en place d'une procédure de suivi aux deux ans en vue d'évaluer les efforts réalisés pour mettre en œuvre de façon concrète toutes ces réformes. Suite à la mise en place des réformes par le gouvernement colombien durant les mois d'été 2011, le gouvernement américain a fait état de sa satisfaction et a autorisé le Congrès à lancer les procédures législatives en vue de faire adopter les trois accords commerciaux mentionnés.

Donc, sur la forme, les chapitres sur le travail des accords avec la Colombie, le Panama et la Corée du Sud sont quasiment identiques à celui inclus dans l'accord avec le Pérou. La principale innovation consiste en la mise en place d'un plan d'action pour la Colombie, qui conditionne l'accès aux bénéfices liés à tous les chapitres de l'accord commercial⁴⁵.

E. L'ÂÉCG et le PTPGP : les clauses sociales dans les partenariats intercontinentaux

Lancées depuis 2009, les négociations d'un accord commercial de grande ampleur entre le Canada et l'Union européenne⁴⁶ symbolisent le nouvel

⁴⁰ É-U, *The U.S.–Colombia Free Trade Agreement: Background and Issues*, RL34470, Congressional Research Services, par Angeles Villareal, 2014.

⁴¹ Il faut noter par ailleurs que depuis 2010, la Colombie a élu un nouveau président : Juan Manuel Santos. Si ce dernier a été élu sous la bannière du même parti que son prédécesseur (Alvaro Uribe), Santos avait un profil beaucoup moins conservateur. Il voyait d'un bon œil la possibilité de renforcer son code du travail.

⁴² Office of the United-States Trade Representative, *Colombian Action Plan Related to Labor Rights*, Washington, 7 avril 2011.

⁴³ Des entrepreneurs transformaient leur entreprise en coopératives pour éviter d'appliquer les règles du *Code du travail* puisque les travailleurs devenaient des « associés ».

⁴⁴ Ces derniers consistaient à ce que des entreprises puissent court-circuiter les tentatives de syndicalisation en offrant des avantages sociaux minimales à ses travailleurs.

⁴⁵ « Labor in the US—Colombia trade promotion Agreement », en ligne : *Office of the United State Trade Representative* <ustr.gov/uscolombiatpa/labor>.

⁴⁶ *Accord économique et commercial global entre le Canada d'une part et l'Union européenne (UE) et ses États-membres*, Membres de l'Union Européenne et le Canada, 30 octobre 2016, (entrée en vigueur : septembre 2017), à la p 184 [AECG] en ligne : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf>.

engouement pour les partenariats intercontinentaux⁴⁷. Des chapitres spécifiques sur le travail et l'environnement ont été inclus, devancés d'un chapitre introductif consacré au développement durable. Parmi les innovations de cet accord du point de vue canadien, notons les suivantes : la création d'un forum permanent de la société civile amené à revoir les dispositions du chapitre sur le travail au besoin ; la volonté d'infléchir ses partenaires à ratifier les conventions de l'OIT en faisant par ailleurs une référence explicite à ces instruments⁴⁸ ; toutefois, le règlement des litiges marque clairement la prédominance de l'approche européenne, le débouché de tout arbitrage ne prévoyant aucune pénalité.

À l'étude du texte « final » du chapitre sur le travail du *Partenariat transpacifique global et progressiste*⁴⁹ (*PTPGP*), qui n'a pas été modifié de sa mouture initiale de 2015 (*Partenariat transpacifique, PTP*), il ressort une très forte ressemblance avec que les États-Unis appliquent depuis 2008, ce qui trahit l'influence des États-Unis. Toutefois, le *PTP* va plus loin que les accords précédents⁵⁰. Un article inédit (19-6) insiste sur l'abolition du travail forcé dans les chaînes de valeur. Une clause (15-8-5) autorise par ailleurs les pourvoyeurs de marchés publics à prendre en considération le respect des droits des travailleurs dans la dévolution de contrats. Enfin, même si les États-Unis se sont retirés, ces derniers avaient insisté pour inclure des lettres d'ententes et des plans de « cohérence » dans le domaine du travail, équivalents à des plans d'action, auprès de trois partenaires : Brunei, le Vietnam et la Malaisie.

⁴⁷ En plus de l'*AÉCG* et du partenariat transpacifique traité dans cette section, des négociations avaient été entamées entre les États-Unis et l'Union européenne en vue d'un partenariat transatlantique, projet qui a été sabordé par l'Administration Trump. Pour cette dynamique de partenariat intercontinentaux voir : Christian Deblock, et al, *Un nouveau pont sur l'Atlantique : l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada, Québec*, Presses de l'Université du Québec, 2015 et Christian Deblock et David Dagenais, « De l'intégration à l'interconnexion : Le Partenariat transpacifique » dans Mathieu Arès et Éric Boulanger, dir, *Christophe Colomb découvre enfin l'Asie : intégration économique, chaînes de valeur et recomposition transpacifique*, Outremont, Athéna Éditions, Collection Économie politique internationale, 2016.

⁴⁸ *Normes et accords multilatéraux en matière de travail*, *ibid*, art 23.3 à la p 185.

⁴⁹ Gouvernement du Canada, *Texte du Partenariat transpacifique consolidé*, Ottawa, 4 février 2016, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/19.aspx?lang=fra>> [*Texte du Partenariat transpacifique consolidé*].

⁵⁰ Du point de vue canadien, il peut sembler toutefois qu'il y a une régression dans le niveau d'obligation par rapport au modèle de 2008. En particulier, nous pouvons souligner que dans l'accord avec le Pérou (art. 2 de l'accord parallèle) : « Toute Partie ne renonce pas ou ne déroge pas, ni n'offre de renoncer ou de déroger, à son droit du travail d'une façon qui affaiblisse ou qui diminue l'adhésion aux principes et aux droits du travail internationalement reconnus énoncés à l'article 1, dans le but de stimuler le commerce ou l'investissement. » *Accord Canada-Pérou de coopération dans le domaine du travail et Accord Canada-Pérou*, *supra* note 28; Dans le cas du *PTP* (article 19.5.1 de l'Accord), « Une Partie ne néglige pas d'appliquer de manière effective son droit du travail par une façon de procéder, ou par une omission, prolongée ou répétée de manière à avoir un effet sur le commerce ou l'investissement entre les Parties après la date d'entrée en vigueur du présent accord », *Texte du Partenariat transpacifique consolidé*, *supra* note 49. (Nous soulignons). Notons que ce dernier engagement est beaucoup plus restrictif dans la mesure ou l'entrave doit être prolongée ou répétée.

II. L'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique

A. La dimension politique des négociations sur le travail

L'idée de renégocier l'ALÉNA provenait initialement de la volonté de l'administration américaine dirigée par Donald Trump. Jugeant les accords commerciaux signés par ses prédécesseurs comme mauvais du point de vue des intérêts américains, il s'est lancé dans une série de mesures de politiques commerciales diverses et contradictoires, dont la renégociation de l'ALÉNA. Les questions reliées aux normes du travail ne faisaient pas partie des priorités de négociation de l'Administration Trump⁵¹ et il semble que le mandat donné aux négociateurs du chapitre était de répliquer le chapitre sur le travail du *Partenariat transpacifique* (duquel l'administration Trump avait par ailleurs décidé de se retirer quelques mois plus tôt). Ceci dit, l'administration américaine a eu à traiter avec les mouvements sociaux et syndicaux américains et mexicains qui ont déposé deux pétitions contre le Mexique et les États-Unis dans le cadre de l'ANACT, démontrant leur volonté de mettre la pression pour améliorer substantiellement les dispositions reliées au travail dans le nouvel accord⁵². Donc, entre 2017 et 2019, le principal gouvernement à avoir mené une posture offensive était le gouvernement canadien. Depuis 2015, le gouvernement de Trudeau s'était donné pour mission de bâtir une politique commerciale progressiste dans lesquels le travail, l'environnement, mais aussi l'égalité des genres et les droits des Premières Nations seraient partie prenante⁵³. Dans le domaine du travail, cela s'est traduit par une augmentation des exigences dans la négociation qui seront par ailleurs appuyées par un programme de consultations publiques⁵⁴. Dans cette perspective, les changements opérés dans la première version du texte de l'accord, qui dans l'ensemble constituaient une bonification des exigences sont à mettre à l'actif de la pression mise par le Canada⁵⁵. Cela a abouti à la première version finalisée de l'accord révélé au public le 30 novembre 2018⁵⁶.

⁵¹ Le travail figure bien dans les objectifs de négociation initiaux de l'Administration américaine, mais le contenu reflète effectivement la défense du statu quo par rapport aux accords précédents. Voir Office of the United States Trade Representative, *Summary objectives of the NAFTA renegotiation*, 17 juillet 2017, Washington DC, en ligne : <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>.

⁵² Lance Compa, « Trump, Trade, and Trabajo: Renegotiating NAFTA's Labor Accord in a Fraught Political Climate » (2019) 26:1 *Ind J Global Leg Stud* 263 à la p 304.

⁵³ Voir en autres le discours de la ministre du Commerce du premier gouvernement Trudeau : « Discours de la ministre du Commerce international, l'honorable Chrystia Freeland, devant le Conseil canadien pour les Amériques sur Le Canada et l'Alliance du Pacifique », Toronto (Ontario), Le 17 juin 2016.

⁵⁴ Pour les résultats de la consultation : Rioux, Michèle et Sylvain Zini, dir, « Un défi pour le Canada et ses partenaires », Rapport synthèse issu de la consultation publique pancanadienne Canada : vers une politique commerciale socialement responsable, étude financée par Emploi et développement social Canada, 2017 à la p 4; Voir aussi Sylvain Zini, « Le Canada et le commerce progressiste en matière de droits des travailleurs. Origines et impacts » (2021) 65 *Revue interventions économiques*; et Sylvain Zini, Éric Boulanger & Michèle Rioux dir, *Vers une politique commerciale socialement responsable dans un contexte de tensions commerciales*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2021 à la p 101.

⁵⁵ Le gouvernement canadien ira même jusqu'à remettre en question la pertinence et l'adéquation des lois « right to work » qui limitent drastiquement les droits syndicaux et de négociation collective aux États-Unis durant le processus de négociation, ce qui pour le moins démontre la posture offensive du gouvernement canadien à ce moment-là.

⁵⁶ *ACÉUM*, supra note 3.

À partir de 2019, relevons que le climat sera encore plus favorable à une augmentation des exigences en matière de travail dans l'accord. Premièrement, l'arrivée d'une majorité démocrate à la Chambre des représentants des États-Unis allait obliger le gouvernement républicain à renégocier de nombreux chapitres. Le travail a alors été une des priorités et cela a obligé à des modifications. Deuxièmement, notons que l'arrivée au pouvoir d'Andrés Manuel López Obrador au Mexique a aussi permis une plus grande acceptation des mesures proposées en matière de travail. Ces changements se sont traduits par des cycles de renégociation qui ont abouti à un *Protocole d'amendement de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique* le 10 décembre 2019⁵⁷ et qui a renforcé considérablement le contenu du chapitre sur le travail⁵⁸, mais aussi la partie consacrée au travail dans le chapitre dédié au règlement des différends.

B. L'accord et le protocole : des dispositions sur le travail novatrices

L'*ACÉUM* intègre en général les innovations énumérées dans la section précédente. À ce titre, le contenu normatif est bien plus substantiel que celui de l'*ANACT*. Parmi les éléments repris des accords précédents, relevons les plus importants. Premièrement, les dispositions sur le travail sont intégrées dans un chapitre de l'accord et assujéti au mécanisme de règlement des différends général de l'accord⁵⁹. Deuxièmement, l'accord fait une référence explicite à deux déclarations de l'OIT⁶⁰ alors que l'*ANACT* ne référait qu'aux droits du travail nationaux. Il s'agit d'un progrès ! Notons toutefois que contrairement au précédent de l'*AÉCG*, il n'y a aucune référence explicite aux conventions fondamentales de l'OIT, ce qui, selon de nombreux juristes, est une lacune dans la mesure où celles-ci sont le corpus de référence en matière de droit international du travail⁶¹.

⁵⁷ *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains, Canada États-Unis et Mexique, Accord Canada-États-Unis-Mexique* 10 décembre 2019 [*Protocole ACÉUM*].

⁵⁸ Nous nous référerons par la suite au texte de l'accord tel que révisé par le Protocole d'amendement : *Accord Canada-États-Unis-Mexique* tel que modifié par le Protocole d'amendement du 10 décembre 2019, et en particulier le chapitre 23 sur le travail.

⁵⁹ Nous verrons plus loin que les mécanismes d'arbitrage sont même, dans une certaine mesure, plus contraignants que pour les litiges commerciaux.

⁶⁰ En plus de la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et de son suivi de 1998 (*Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, supra note 19), le texte fait référence à la *Déclaration de 2008* sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, à l'image des accords canadiens signés depuis 2008 (*DJSME*) : Conférence internationale du travail, *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 10 juin 2008, Organisation internationale du travail, BIT [*Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable* ou *DJSME*].

⁶¹ Michael A Cabin, « Labor rights in the Peru Agreement: can vague principles yield concrete change? » (2009) 109 : 5 Colum L Rev 1047 à la p 1093. Pour la critique de la déclaration de 1998, voir aussi : Isabelle Duplessis, « La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : Une nouvelle forme de régulation efficace ? » (2004) 59 : 1 RI 52 à la p 72 et Philip Alston, « Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime » dans *Social issues, globalisation and international institutions : labour rights and the EU, ILO, OECD and WTO International Studies on Human Rights*, Virginia Leary, dir, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Troisièmement, la clause de non-dérogation reste à peu près inchangée⁶². Par ailleurs une note de bas de page vient élargir considérablement le champ d'application du chapitre puisque selon les termes utilisés :

Il est entendu qu'une « action ou inaction » est commise « d'une manière qui a un effet sur le commerce ou l'investissement entre les Parties » si elle concerne :
1) une personne ou un secteur qui produit des produits ou fournit des services faisant l'objet d'un échange commercial entre les Parties ou qui a un investissement sur le territoire de la Partie qui a omis de se conformer à l'obligation ; ou 2) une personne ou un secteur qui produit un produit ou fournit un service qui, sur le territoire d'une Partie, entre en concurrence avec un produit ou service d'une autre Partie.⁶³

Donc, la définition de l'impact sur le commerce ou l'investissement s'applique de façon explicite à toutes les entreprises exportatrices ou réceptrices d'investissement (ce qui était déjà le cas), mais aussi à toutes leurs concurrentes. Quatrièmement, la partie consacrée à l'application du droit du travail reprend les termes utilisés depuis les accords canadiens et américains avec le Pérou. À savoir que les gouvernements doivent faire appliquer leur droit du travail, mais qu'en plus, « [a]ucune décision prise par une Partie qui manque à une obligation prévue par le présent chapitre concernant l'affectation des ressources en matière d'application de la loi ne justifie un manquement à cet égard »⁶⁴. Le manque de ressources ne peut donc être invoqué comme raison valable pour manquer à son engagement.

Tableau 2. Comparaison des dispositions en matière de travail dans quatre accords signés par le Canada

	<i>ALENA</i>	<i>PTPGP</i>	<i>AECG</i>	<i>ACÉUM</i>
Droits du travail inclus dans l'accord	Droits nationaux, référant à une liste de 11 droits énoncés	Référence à la <i>DDFT</i> ⁶⁶ de l'OIT Référence à la <i>DJSME</i> ⁶⁷ (2008) de l'OIT Référence aux <i>DTIR</i> ⁶⁸ américains	Référence à la <i>DDFT</i> de l'OIT Référence à la <i>DJSME</i> (2008) de l'OIT	Référence à la <i>DDFT</i> de l'OIT Référence à la <i>DJSME</i> (2008) de l'OIT Référence aux <i>DTIR</i> américains

⁶² C'est celle-ci qui indique explicitement que : « Une Partie ne manque pas d'appliquer de manière effective son droit du travail, par une façon d'agir ou de ne pas agir soutenue ou récurrente, d'une manière qui a un effet sur le commerce ou l'investissement entre les Parties après la date d'entrée en vigueur du présent accord ».

⁶³ *Protocole ACÉUM*, *supra* note 57.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶ *Supra* note 21.

⁶⁷ *Supra* note 60.

⁶⁸ Droits du travailleur internationalement reconnus telles que définis par les États-Unis, *supra* note 22.

	Aucune référence à l'OIT ⁶⁵	Aucune référence aux conventions de l'OIT	Référence explicite aux conventions de l'OIT	Aucune référence aux conventions de l'OIT
Non-dérogation ⁶⁹	Présente	Présente avec complément d'information sur les formes de dérogation interdites		Présente avec complément d'information sur les formes de dérogation interdites
Application du droit du travail	Présent	Présent avec obligation de mettre les moyens nécessaires à la mise en application		Présent avec obligation de mettre les moyens nécessaires à la mise en application Extension du champ d'application
Travail forcé		Présent avec limitation		Présent avec durcissement du vocabulaire
Engagement des États à encourager des pratiques de responsabilité sociale de l'entreprise		Présent	Présent	Pas de point spécifique du chapitre, mais obligation ferme de la part des entreprises par ailleurs
Violence contre les travailleurs				Présent
Protection légale des travailleurs migrants en matière de droit du travail	Inclus dans la liste des onze droits	NA	NA	Partie spécifique dans le chapitre sur le travail

⁶⁵ *Supra* note 6.

⁶⁹ Engagement à ne pas déroger à son propre droit du travail, voir *Accord Canada-Pérou*, *supra* note 29.

Prohibition de la discrimination selon le genre ou l'orientation sexuelle	Inclus dans la liste des onze droits	Couvert par la référence à la DDFT	Couvert par la référence à la DDFT	Inclus dans la liste des onze droits Inclus dans une partie spécifique dans le chapitre
Sensibilisation du public et garanties procédurales	Présent	Présent	Présent	Présent
Mécanisme de pétition ⁷⁰	Présent	Présent	Présent	Présent
Dispositif institutionnel	Points de contact nationaux Conseil ministériel Secrétariat (supprimé après 2011)	Points de contact nationaux Conseil ministériel	Points de contact nationaux Conseil ministériel	Points de contact nationaux Conseil ministériel
Activité de coopération	Présent	Présent	Présent	Présent
Plainte	4 niveaux BAN ⁷¹ Conseil Ministériel ⁷² Comité d'expert ⁷³ Groupe spécial d'arbitrage	3 niveaux BAN Conseil Ministériel Groupe spécial d'arbitrage	3 niveaux BAN Conseil Ministériel Groupe spécial d'arbitrage	3 niveaux BAN Conseil Ministériel Groupe spécial d'arbitrage
Plan d'action ⁷⁴	NA	Brunei, Vietnam et Malaisie	NA	Mexique (annexe A)

⁷⁰ Mécanisme de pétition disponible au public afin de dénoncer auprès de son administration nationale un manquement aux engagements en matière de travail d'une autre partie signataire de l'accord.

⁷¹ Bureaux administratifs nationaux reliés à chacun des ministères du Travail des parties de l'accord.

⁷² Rencontre ministérielle entre ministres du Travail visant à résoudre les litiges par consultation.

⁷³ Comité visant à évaluer le degré de respect (ou non-respect des engagements suite à une plainte non résolue par le conseil ministériel).

⁷⁴ Plan de réformes législatives et administratives afin de permettre à une partie de pouvoir respecter ses engagements en matière de travail, lorsque l'application du droit du travail est défailante avant la signature de l'accord.

Mécanisme d'arbitrage	Spécifique (ANACT)	Celui de l'accord		Celui de l'accord
Pénalités	Limitées	<i>A priori</i> illimitées	Aucune	<i>A priori</i> illimitées Peuvent cibler des entreprises

Cinquièmement, nous pouvons noter un certain nombre d'innovations ou de dispositions prometteuses dans le domaine du travail forcé, des travailleurs migrants et de la lutte contre la discrimination en milieu de travail. Une section est consacrée à l'interdiction du travail forcé. Si elle avait déjà été incluse dans le *PTPGP*, cette nouvelle version est plus forte dans la mesure où l'on parle d'une interdiction à utiliser des intrants fabriqués à partir de travail forcé⁷⁵ :

Les Parties reconnaissent l'objectif consistant à éliminer toute forme de travail forcé ou obligatoire, y compris le travail forcé ou obligatoire des enfants. En conséquence, chacune des Parties interdit l'importation sur son territoire de produits provenant d'autres sources et issus, en entier ou en partie, du travail forcé ou obligatoire, y compris du travail forcé ou obligatoire des enfants⁷⁶.

Par ailleurs, l'accord inclut de nouvelles dispositions visant à « [l]utter contre la violence contre les travailleurs »⁷⁷. Selon cet article inédit,

les travailleurs et les organisations syndicales doivent pouvoir exercer les droits énoncés à l'article 23.3 (Droits dans le domaine du travail) dans un environnement exempt de violence, de menaces et d'intimidation, et qu'il est impératif que les gouvernements traitent efficacement les situations où des travailleurs sont victimes de violence, de menaces et d'intimidation⁷⁸.

Pour ce qui est des travailleurs migrants, notons que les dispositions existaient déjà dans la liste des onze droits définis par l'*ANACT* et que le Canada a aussi inclus une disposition spécifique à l'égard des travailleurs migrants dans ses clauses sociales depuis l'accord de 2008 avec le Pérou. Dans le cadre de l'*ACÉUM*, les travailleurs migrants sont ciblés dans un point spécifique du chapitre « reconnaissant la vulnérabilité des travailleurs migrants en ce qui a trait aux protections en matière de travail défendre un meilleur respect des droits des travailleurs migrants »⁷⁹. De ce fait, le nouvel accord exige que « chacune des Parties fa[isse] en sorte que les travailleurs

⁷⁵ Notons que dans le *PTPGP*, chaque partie « décourage également, par les initiatives qu'elle estime appropriées, l'importation de biens provenant d'autres sources et qui sont issus, en entier ou en partie, du travail forcé ou obligatoire, y compris du travail forcé ou obligatoire des enfants », dans le cas de l'*ACÉUM*, la pratique est interdite. Et la mention « par les initiatives qu'elle estime appropriées » a été enlevée de l'*ACÉUM* suite au mémorandum du 10 décembre 2019.

⁷⁶ *Protocole ACÉUM*, supra note 57, art 23.6.1.

⁷⁷ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, supra note 3, art 23.7.

⁷⁸ *Ibid*, art 23.3.

⁷⁹ *Ibid*, art 23.8.

migrants soient protégés sous le régime de son droit du travail, qu'ils soient ou non des ressortissants de la Partie»⁸⁰. Un autre article apparaît pour la première fois dans l'*ACÉUM*, celui qui engage à « [l]utter contre la discrimination en milieu de travail.⁸¹ » Si l'*ANACT* avait inclus la non-discrimination dans la liste des onze droits que les parties s'engageaient à respecter à travers cet accord⁸² et que les autres accords se basaient sur le contenu de la DDFT de 1998⁸³, l'*ACÉUM* vient ici préciser un ensemble d'engagements plus substantiels. En plus de promouvoir l'égalité des genres, l'article détermine que les parties doivent « mettre en œuvre des politiques » assurant une protection contre « contre la discrimination en matière d'emploi fondée sur le sexe (y compris en ce qui concerne le harcèlement sexuel), la grossesse, l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les responsabilités liées à la prestation de soins » ainsi que des programmes permettant de « prévoir un congé avec protection de l'emploi en cas de naissance ou d'adoption d'un enfant et pour les soins aux membres de la famille ; et de protéger contre la discrimination salariale »⁸⁴.

Sixièmement, s'appuyant sur les précédents de l'*Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Colombie* ainsi que sur les annexes au PTP, le chapitre est doté d'une annexe s'apparentant à un plan d'action et exigeant du Mexique une réforme des pratiques en milieu de travail ayant pour but d'assurer l'exercice des droits syndicaux sur le territoire de ce pays. Entre autres, selon l'annexe 23-A :

Le Mexique : a) Prévoit, dans son droit du travail, le droit des travailleurs de participer à des activités concertées aux fins de négociation ou de protection collective, et d'organiser ou de former le syndicat de leur choix et de s'y affilier, et interdit, dans son droit du travail, la domination ou l'ingérence des employeurs dans les activités syndicales, la discrimination ou la coercition envers les travailleurs en raison de leurs activités syndicales ou de leur adhésion à un syndicat, et le refus à la négociation collective avec un syndicat dûment reconnu[...]»⁸⁵.

Enfin, septièmement, notons que le plus grand changement en particulier depuis le mémorandum du 10 décembre 2019 concerne le règlement des différends⁸⁶. Les annexes 31-A et B au chapitre sur le règlement des différends⁸⁷ consistent en la création d'un mécanisme de « résolution rapide » dans le cadre de litiges reliés au chapitre sur le travail pour ce qui concerne les dénis de droit d'association et de

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid* art 23.9.

⁸² Pour la liste des 11 droits définis dans l'*ANACT*, *supra* note 8.

⁸³ Selon la déclaration de 1998, le quatrième droit fondamental consiste en : « l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession », voir *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, *supra* note 21.

⁸⁴ *Protocole ACÉUM*, *supra* note 57 art 23.9.

⁸⁵ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 23-A.

⁸⁶ *Protocole ACÉUM*, *supra* note 57.

⁸⁷ L'annexe 31-A est le mécanisme de résolution rapide États-Unis-Mexique et l'Annexe 31-B est le mécanisme de résolution rapide Canada-Mexique. Les deux textes sont identiques. Nous prendrons l'Annexe 31-A en exemple.

négociation collective⁸⁸. Le but est d'éviter qu'un différend en matière de travail ne s'éternise comme ce fut le cas dans le litige ayant opposé les États-Unis et le Guatemala (neuf ans de procédures au total)⁸⁹. Selon cette nouvelle procédure de résolution rapide, en cas de violation des droits des travailleurs alléguée par une partie, l'autre partie a quarante-cinq jours pour supprimer le déni de droit. Si aucune action n'est prise par la partie défenderesse, « la Partie plaignante peut suspendre le règlement final des comptes douaniers lié aux entrées de produits en provenance de l'Installation visée »⁹⁰. Suite à cela, un panel d'arbitrage pourra être mis en œuvre dans les cinq jours ouvrables s'il n'y a pas de solution négociée. Ce groupe spécial a un pouvoir de vérification et doit rendre une décision dans les trente jours après la constitution du panel ou encore dans les « trente jours suivant la vérification »⁹¹. La partie plaignante pourra maintenir les sanctions aussi longtemps que le déni de droit ne sera pas supprimé, ou encore que le panel d'arbitrage en appel à la levée des sanctions⁹². En plus de la rapidité, le mécanisme en appellera à la responsabilité de la firme dans la mise en œuvre de pratique de travail décent, et plus uniquement au pays ne respectant pas ses engagements internationaux⁹³. Selon les recommandations du groupe spécial, « [l]es mesures de réparation peuvent comprendre la suspension du traitement tarifaire préférentiel pour les produits qui sont produits dans l'Installation visée, ou l'imposition de pénalités sur les produits qui sont produits dans l'Installation visée ou sur les services qui sont fournis par cette dernière »⁹⁴. De plus, le commerce d'un produit entre la partie plaignante et la

⁸⁸ Pour les autres droits inclus dans le chapitre, c'est le mécanisme régulier de règlement des différends qui prévaut. Notons aussi que de nombreuses discussions ont eu lieu entre les Mexique et les États-Unis au sujet de ces droits collectifs du travail dans le cadre du PTP, l'administration Obama cherchant à engager le Mexique dans des réformes du Code du travail à même de conformer le Mexique à ses engagements internationaux. Voir Kimberly A. Nolan García, « Disputa en materia laboral entre México y EEUU: balance del Protocolo Modificatorio del T-MEC », *Globalitika*, Mars 2020 ; et Zini, *supra* note 54.

⁸⁹ Une plainte a été déposée le 23 avril 2008 par l'AFL-CIO au sujet de la violation des droits syndicaux, celle-ci a été acceptée par le département américain du travail en janvier 2009. Le 30 juillet 2010 l'USTR et de la secrétaire au travail ont demandé une consultation auprès du gouvernement guatémaltèque. Celle-ci s'est déroulée entre septembre et décembre 2010, sans résultats probants. Le 16 mai 2011, les États-Unis ont réclamé une réunion de la commission du libre-échange de l'ALEAC-RD qui s'est finalement déroulée le 7 juin. Aucun accord n'a été trouvé ce qui explique pourquoi les États-Unis ont réclamé la constitution d'un panel arbitral pour se pencher sur le litige le 9 août 2011. Toutefois, le Guatemala est revenu vers des consultations en décembre 2011, ce qui a abouti à un d'un plan de mise en application des lois du travail au Guatemala le 4 septembre 2013. Insatisfaits, les États-Unis ont réclamé un panel d'arbitrage en 2014, suivi de la rédaction des témoignages écrits par les États-Unis et le Guatemala en novembre 2014 et en février 2015 et de réponses aux témoignages adverses par les parties concernées mars et avril 2015. En avril et en mai 2015, le panel a recueilli témoignages des ONG et les réponses des gouvernements à ces témoignages. En juin 2015, le panel débute ses auditions. Suite à des changements dans la structure du panel, il a fallu attendre deux années supplémentaires, soit en juin 2017 pour que le panel établisse son rapport alléguant que le Guatemala ne contrevenait pas à ses engagements, malgré de nombreuses exactions en matière de droit du travail. Voir Bureau of International Labor Affairs, Department of Labor, *Submissions under the Labor Provisions of Free Trade Agreements*. Pour le rapport du groupe d'arbitrage : *Dominican Republic – Central America – United States free trade agreement, Final Report of the Panel, Arbitral panel established pursuant to chapter twenty*, (2017) In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR.

⁹⁰ *Protocole ACÉUM*, *supra* note 57, art 23.9.

⁹¹ *Ibid*, art 31-A.8.

⁹² *Ibid*, art 31-A.6.

⁹³ *Ibid*.

⁹⁴ *Ibid*, art 31-A.6.

partie défenderesse pourrait même être bloqué suite à trois litiges démontrant les torts d'entreprises déniaient les droits mentionnés dans l'accord. Selon l'article 31B10(4) du *Protocole* :

Si une Installation visée ou une Installation visée possédée ou contrôlée par la même personne produisant les mêmes produits ou des produits apparentés ou fournissant les mêmes services ou des services apparentés a fait l'objet d'une décision antérieure concluant à l'existence d'un déni des droits à au moins deux reprises, les mesures de réparation peuvent comprendre la suspension du traitement tarifaire préférentiel pour ces produits, l'imposition de pénalités sur ces produits ou services, ou le refus d'entrée de ces produits.⁹⁵

Par ailleurs, le fardeau de la preuve est renversé : c'est à la partie attaquée de prouver qu'il n'y a pas eu de violation des engagements liés au chapitre sur le travail⁹⁶. Selon l'expression consacrée dans de multiples notes de bas de page de *l'accord commercial* : « Aux fins du règlement des différends, un groupe spécial présume qu'un manquement est commis d'une manière qui a un effet sur le commerce ou l'investissement entre les Parties, à moins que la Partie défenderesse ne démontre le contraire »⁹⁷. En bref, ces changements répondent assez drastiquement à la demande de renforcer le mécanisme en place lors de la résolution de litiges liés au chapitre sur le travail. Toutefois, si le Canada a joué le jeu et a accepté de bon cœur ces changements, c'est à la majorité démocrate à la Chambre des Représentants aux États-Unis que l'on doit ces modifications suite à une partie de bras de fer avec l'administration américaine en place.

Il est à noter par ailleurs deux éléments nouveaux concernant le travail et qui sont inclus dans d'autres chapitres. Premièrement, dans le cadre du chapitre sur les règles d'origine, *l'accord* prévoit d'obliger la production du secteur automobile à mettre en place un salaire horaire minimal de 16 dollars des EUA dans toute l'Amérique du Nord, chose totalement inédite à ce jour⁹⁸. Deuxièmement, exactement comme cela a été fait dans le cadre du PTPGP, une clause du chapitre sur les marchés publics a été ajoutée pour garantir le droit des États à prendre en considération le respect des droits des travailleurs dans l'évaluation des dossiers lors d'appels d'offres des administrations publiques⁹⁹.

⁹⁵ *Mécanisme de réaction rapide applicable à des installations particulières entre le Canada et le Mexique* dans *Protocole ACÉUM*, *supra* note 57, art 31-B.

⁹⁶ David A. Gantz et Sergio Puig, « The Scorecard of the USMCA Protocol of Amendment », *Blog of the European Journal of International Law*, (23 décembre 2019).

⁹⁷ *ACÉUM*, *supra* note 3, aux notes 5, 9, 12 et 14 du chapitre 23 sur le travail.

⁹⁸ *Ibid*, chapitre 4B, art 7.3.

⁹⁹ « Article 13.7-5. Il est entendu que le présent article ne vise pas à empêcher une entité contractante de favoriser le respect de la législation relative aux droits dans le domaine du travail sur le territoire à l'intérieur duquel la marchandise est fabriquée ou le service est fourni, selon ce qui est reconnu par les Parties et énoncé à l'article 23.3 (Droits dans le domaine du travail), à condition que les mesures à cet égard soient appliquées conformément au chapitre 29 (Publication et Administration), et qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties, soit une restriction déguisée au commerce entre les Parties.» *ACÉUM*, *supra* note 3.

III. Conclusion, des innovations prometteuses à tester, et des lacunes

En bref, les dispositions en matière de travail de l'*ACÉUM* surpassent largement le contenu de l'*ANACT*. Les dispositions juridiques sont plus mordantes, l'accès en mécanisme de règlement des différends est plus facile et le contenu juridique plus solide. Les dispositions sur le travail forcé, l'égalité des genres et l'annexe consacrée aux respects des droits d'association et de négociation collective au Mexique marquent la volonté d'en finir avec les manquements en matière de respect des droits des travailleurs. Par ailleurs, le mécanisme de résolution rapide des différends en matière de travail semble renforcer les possibilités de supprimer les dénis de droit en matière de travail. Plus encore, pour la première fois, les entreprises pourraient être directement pénalisées par un blocage de ses exportations en cas de déni de droit et non plus seulement le gouvernement responsable de faire respecter sa législation sur le travail.

Un certain nombre de dimensions du chapitre sur le travail restent, toutefois, insatisfaisantes et marquent clairement des reculs comparativement à des accords précédemment signés. Tout d'abord, l'*ACÉUM* ne fait pas de références explicites aux conventions internationales de l'OIT. Si la référence aux déclarations est pertinente, une référence aux conventions (comme dans le cas de l'*AÉCG*) est généralement considérée comme préférable, car celles-ci définissent un certain nombre de principes et sont munies d'une jurisprudence qui peut améliorer l'application des droits des travailleurs dans les pays concernés. Par ailleurs, la société civile est la grande absente du nouvel accord. Alors que l'*AÉCG* avait abouti à un forum annuel de la société civile dans lequel gouvernement et acteurs non gouvernementaux doivent se rencontrer, rien de tel n'existe dans le nouvel accord nord-américain. Enfin, alors que l'*ANACT* était doté d'un secrétariat permanent, aucune institution de ce type n'est prévue dans l'*ACÉUM*. Même si le contenu du chapitre est prometteur, l'épreuve des faits sera le seul moyen de juger si les innovations mises en place auront un effet positif sur le respect des droits des travailleurs en Amérique du Nord.

LE TRAITEMENT DES PRODUITS CULTURELS ET LA CLAUDE D'EXEMPTION CULTURELLE DANS L'ALÉNA ET L'ACÉUM

*Gilbert Gagné**

Puisque les produits culturels sont liés à l'identité culturelle des États, ils représentent le seul secteur qui fasse régulièrement l'objet d'un traitement spécial dans les accords commerciaux préférentiels. Le Canada a même obtenu une exemption générale en faveur des industries culturelles dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (*ALÉNA*) et de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* qui lui a succédé. Les États-Unis et le Mexique, pour leur part, ont obtenu un nombre limité d'exceptions spécifiques en rapport aux produits culturels dans ces mêmes accords. De l'*ALÉNA 1.0* à l'*ALÉNA 2.0*, si le traitement des produits culturels a évolué, notamment avec des dispositions relatives au commerce numérique et la prolongation du droit d'auteur, peu de choses ont changé dans l'ensemble en ce qui touche les exceptions prises par les États parties. L'essentiel de l'exemption culturelle canadienne a été reconduit, y compris pour la dimension numérique, les exceptions américaines n'ont pas beaucoup varié et demeurent très limitées, alors que la portée des exceptions prises par le Mexique s'est vue réduite.

As cultural products are associated with the cultural identity of states, they represent the only sector regularly subject to special treatment in preferential trade agreements. Canada has even secured an outright exemption in favor of cultural industries under the *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* and its successor the *Canada-United States-Mexico Agreement*. The United States and Mexico, on the other hand, have secured a limited number of specific exceptions relating to cultural products in these same agreements. From *NAFTA 1.0* to *NAFTA 2.0*, if the treatment of cultural products has evolved, notably with provisions dealing with digital trade and the extension of copyrights, not much has changed overall as regards the reservations taken by states parties. The essential of Canada's cultural exemption has been reconvened, including for the digital field, the US exceptions have not varied significantly in scope and remain very limited, while the scope of Mexico's has actually narrowed.

Dado que los productos culturales están vinculados a la identidad cultural de los Estados, representan el único sector que recibe regularmente un trato especial en los acuerdos comerciales preferenciales. Canadá incluso obtuvo una exención general para las industrias culturales bajo el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)* y su sucesor *Acuerdo México-Estados Unidos-Canadá*. Estados Unidos y México, por su parte, obtuvieron un número limitado de excepciones específicas en relación con los productos culturales en estos mismos acuerdos. Del *TLCAN 1.0* al *TLCAN 2.0*, si bien el tratamiento de los productos culturales ha evolucionado, especialmente con disposiciones relacionadas con el comercio digital y la extensión de los derechos de autor, poco ha cambiado en general en términos de excepciones tomadas por los Estados Parte. La mayor parte de la exención cultural canadiense se ha renovado, incluso para la dimensión digital, las excepciones estadounidenses no han cambiado mucho y siguen siendo muy limitadas, mientras que el alcance de las excepciones tomadas por México se ha reducido.

* Professeur titulaire et directeur du Département d'études politiques et internationales de l'Université Bishop's et directeur du Groupe de recherche sur l'intégration continentale à l'Université du Québec à Montréal. Le présent article est une version révisée et traduite en français du chapitre « The Treatment of Cultural Products and the Cultural Exemption Clause » dans Gilbert Gagné et Michèle Rioux, dir, *NAFTA 2.0 : From the First NAFTA to the United States-Mexico-Canada Agreement*, New York, Palgrave Macmillan, 2022.

La culture ou, plus précisément, le traitement des produits culturels dans le commerce international a depuis longtemps fait l'objet d'un débat. En plus des arts visuels et de la scène, les produits culturels (incluant les biens et services) comprennent les journaux, les magazines, les livres, les films, les enregistrements vidéo et musicaux, la radio, la télévision et, maintenant, le multimédia, ceux-ci pouvant aussi être sous forme numérique. Dans la mesure où ces produits reflètent l'identité culturelle de communautés spécifiques, des questions se sont posées à savoir si, ou dans quelle mesure, ils doivent être exclus des règles commerciales. Ces dernières concernent surtout le traitement national, qui exige des États qu'ils ne donnent pas aux produits importés un traitement moins favorable que celui accordé aux produits nationaux en ce qui concerne les taxes et les réglementations intérieures. Le débat commerce-culture qui s'ensuit s'inscrit dans la plus large interface entre les préoccupations commerciales et les préoccupations non commerciales dans la gouvernance mondiale. Cette interface concerne aussi d'autres domaines tels que la propriété intellectuelle, l'environnement et les normes du travail. L'importance grandissante de telles questions est due au fait que plus de sujets sont vus comme étant liés au commerce parce que les règles qui leur sont associées ont un impact sur le commerce et au fait que de plus en plus de secteurs sont soumis à des accords internationaux¹.

Le débat commerce-culture en est un, toutefois, autour duquel les États parties à l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*², maintenant l'*ALÉNA 2.0*, ont des conceptions diamétralement opposées. Alors que les États-Unis constituent le noyau du divertissement mondial, ils ont défendu la libéralisation du secteur culturel et ont cherché à limiter les restrictions aux exportations de produits culturels, notamment celles liées aux nouvelles plateformes numériques. De son côté, préoccupé par l'impact sur son identité de telles exportations venant de son gigantesque voisin, dont la culture est largement semblable, et insistant sur la mise en place de politiques culturelles qui favorisent la culture nationale, le Canada a cherché à exclure les industries culturelles des accords commerciaux. Les instruments liés aux politiques culturelles se retrouvent habituellement dans deux catégories principales : les mesures financières, telles que les subventions; les mesures réglementaires, telles que celles réservant la propriété et/ou la gestion des entreprises culturelles aux nationaux ou celles sur les quotas de contenu national pour la radiodiffusion et la télédiffusion. Pour sa part, le Mexique, tout en désirant des engagements de libéralisation en matière culturelle, consent aussi à des restrictions ou conditions permettant la mise en œuvre de politiques culturelles³.

Les positions des trois partenaires nord-américains ont trouvé écho dans les engagements qu'ils ont pris dans divers forums, notamment à la suite des négociations

¹ David W. Leebron, « Linkages » (2002) 96:1 Am J Intl L 5.

² *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n°2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

³ Gilbert Gagné, *The Trade and Culture Debate : Evidence from US Trade Agreements*, Lanham (MD), Lexington Books, 2016 [Gagné, *Trade and Culture Debate*]; Gilbert Gagné, « The Evolution of Canada's Cultural Exemption in Preferential Trade Agreements » (2020) 26:3 Can Foreign Policy J 298 [Gagné, « Evolution of Canada's Cultural Exemption »]; Patricia Goff, « Canada's Cultural Exemption » (2019) 25:5 Intl J Cultural Policy 552; Grace Jaramillo, « Latin America : Trade and Culture at a Crossroads » (2019) 25:5 Intl J Cultural Policy 602 aux pp 603–07.

commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay et des négociations de l'*ALÉNA*, qui ont toutes deux eu lieu au début des années quatre-vingt-dix, et lors des récentes négociations de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM)*⁴ ou l'*ALÉNA 2.0*. En outre, leurs points de vue respectifs ont fait des États-Unis et du Canada les protagonistes du débat commerce-culture, qui a abouti en 2005 avec l'adoption de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (Convention sur la diversité culturelle)* au sein de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)⁵. Principalement promue par le Canada et la France, malgré l'opposition des États-Unis, la *Convention* enchâsse notamment dans le droit international le droit des États à mettre en place des politiques culturelles, afin de contrebalancer les obligations et les engagements relevant de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et des accords commerciaux préférentiels (ACP)⁶.

Partisan de l'exemption des industries culturelles des dispositions des accords commerciaux, le Canada les a systématiquement exclues de ses ACP, y compris dans l'*ACÉUM* et pour ce qui touche à la dimension numérique. Pour leur part, en tant que porte-étendard de la libéralisation, notamment pour les produits culturels, les États-Unis n'ont que peu d'exceptions relatives aux industries ou aux produits culturels dans leurs ACP, dont l'*ALÉNA* et l'*ACÉUM*. Ils ne sont, du reste, pas partie à la *Convention sur la diversité culturelle*. Le gouvernement mexicain, de son côté, malgré un nouvel accent en faveur de la diversité culturelle, a une position assez proche de la position américaine. La portée de ses exceptions liées aux produits culturels dans l'*ACÉUM*, en fait, a diminué par rapport à ce qu'il en était en vertu de l'*ALÉNA*. Le Mexique est, par ailleurs, la seule partie à la *Convention sur la diversité culturelle* à s'être prévalu d'une réserve concernant les relations de celle-ci avec les autres traités, de façon à s'assurer de la conformité de la *Convention* avec les accords commerciaux et à garder toute marge de manœuvre dans le cadre de futures négociations⁷.

Cet article se divise en trois parties. La première, assez brève, y va de considérations préliminaires relatives aux services et aux négociations commerciales. La deuxième partie porte sur les dispositions liées au secteur culturel dans l'*ALÉNA*. Des éléments en rapport aux négociations et à la mise en œuvre de l'exemption culturelle canadienne y figurent aussi. La troisième partie se penche sur le traitement des produits culturels dans l'*ACÉUM* et, notamment, sur les changements apportés à la clause d'exemption culturelle. Une conclusion résume les principaux constats de l'article.

⁴ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*ACÉUM*].

⁵ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, 2440 RTNU 311 (entrée en vigueur : 18 mars 2007).

⁶ *Ibid.* Voir Antonios Vlassis, *Gouvernance mondiale et culture : de l'exception à la diversité*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2015.

⁷ Gilbert Gagné, « L'interface commerce-culture et la question du règlement des différends » (2017) 30:2 RQDI 75 à la p 83.

I. Services et négociations commerciales

Les préoccupations concernant les produits culturels dans les accords commerciaux se rapportent essentiellement aux services. En fait, la plupart des produits culturels, notamment l'audiovisuel, prennent la forme de services. Ils sont associés à des mesures clés des politiques culturelles étatiques, telles que les prescriptions de contenu national dans les médias. Les biens culturels font moins souvent l'objet d'un traitement spécial dans les accords commerciaux. D'ailleurs, comme nous le verrons plus loin, lorsque le Canada a obtenu une exemption pour les industries culturelles dans l'*Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALÉCÉU)*⁸ en 1987, il a aboli ses tarifs sur les biens culturels américains (livres, disques, magazines, films, enregistrements). De plus, contrairement aux services, régis par l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)*⁹ et dans lequel seulement quelques pays ont souscrit à des engagements de libéralisation concernant le secteur culturel, les biens culturels relèvent de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*¹⁰. Contrairement à ce que prévoit le *GATT*, l'accès aux marchés et le traitement national ne sont pas des obligations générales en vertu de l'*AGCS* et s'appliquent seulement si et dans la mesure où des engagements spécifiques ont été pris par un pays. Au-delà des biens et services, les domaines de l'investissement et du commerce électronique ou numérique sont aussi d'importance pour le secteur culturel. Dans une moindre mesure, les chapitres et/ou les dispositions sur les subventions, les télécommunications, la propriété intellectuelle, les marchés publics et la réglementation intérieure doivent aussi être pris en considération.

La négociation d'accords commerciaux applicables aux services peut se dérouler selon deux approches ou une combinaison des deux. Dans le cas de l'approche dite des listes positives, utilisée dans le cadre de l'OMC, seuls les secteurs et les mesures spécifiquement inclus sont sujets à une libéralisation complète ou partielle. Par contre, en vertu de l'approche dite des listes négatives, utilisée lors des négociations de l'*ALÉNA* et de l'*ACEUM*, les secteurs et les mesures qui ne sont pas spécifiquement exclus sont libéralisés par défaut. Ce sont ainsi les exceptions ou les réserves obtenues par les États parties en faveur des politiques culturelles qui sont importantes. À cet égard, outre les produits culturels, peu de secteurs sont régulièrement sujets à un traitement spécial dans les ACP¹¹. En dehors d'une exemption générale, telle qu'obtenue par le Canada, de telles exceptions se retrouvent dans deux types d'annexes. Les exceptions dans les annexes I, ou réserves aux mesures existantes et engagements de libéralisation, permettent le maintien et le renouvellement de mesures dans un secteur donné. Toutefois, en vertu de la clause de « *statu quo* », toute mesure renouvelée ou révisée ne peut pas être plus restrictive pour le commerce que celle qui

⁸ *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 2 janvier 1988 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1989) [ALÉCÉU].

⁹ *Accord général sur le commerce des services*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [AGCS].

¹⁰ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [GATT].

¹¹ Kerry A. Chase, « Audiovisual Goods and Services in Preferential Trade Agreements » dans Andreas Dür et Manfred Elsig, dir, *Trade Cooperation : The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 218 aux pp 218 et 230.

existe déjà, alors que, en vertu de la clause « cliquet », toute mesure subséquente de libéralisation devient automatiquement la norme. Quant aux exceptions dans les annexes II, aussi connues comme les réserves aux mesures ultérieures, elles sont plus larges, car les États parties peuvent non seulement maintenir des mesures restrictives, mais ils peuvent aussi en adopter de nouvelles ou de plus restrictives dans un secteur ou un sous-secteur. Les obligations clés contenues dans les chapitres sur l'investissement et les services sont sujettes aux exceptions ou aux réserves obtenues par les États parties en vertu de ces annexes.

II. L'Accord de libre-échange nord-américain

Les négociations de l'ALÉNA ont eu lieu entre juin 1991 et août 1992. Comparativement à l'ALÉCÉU, l'ALÉNA contient des dispositions plus ambitieuses sur les services et l'investissement. De plus, il constitue le premier ACP avec des chapitres sur les télécommunications et la propriété intellectuelle. Le chapitre sur le commerce transfrontalier des services et les obligations clés du chapitre sur l'investissement¹² ne s'appliquent pas « aux subventions ou aux contributions fournies par une Partie ou par une entreprise d'État, y compris les emprunts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien gouvernemental »¹³. En conséquence, l'ALÉNA n'a pratiquement pas restreint la capacité des États parties de recourir à des mesures financières pour promouvoir leurs industries culturelles.

Les droits de propriété intellectuelle s'entendent comme des droits exclusifs conférés aux créateurs, inventeurs et/ou propriétaires sur l'utilisation de leurs productions et/ou de leurs propriétés pendant une certaine période. Les plus importants d'entre eux pour les produits culturels sont les droits d'auteur et les droits connexes, qui garantissent la rémunération des artistes et des créateurs pour leurs œuvres. Chaque État partie à l'ALÉNA doit au minimum avoir adhéré à la *Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes*¹⁴ et la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*¹⁵, toutes deux adoptées en 1971. Chaque partie doit aussi assurer la protection effective et l'application des droits de propriété intellectuelle dans sa législation nationale. Sur la question du droit d'auteur, comme le prévoit l'*Accord sur les aspects des droits de*

¹² Ces obligations concernent le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), ainsi que les cadres supérieurs et les conseils d'administration. En vertu du principe de la NPF, tout avantage commercial qu'un pays accorde à un autre doit être étendu, immédiatement et sans condition, à tous les autres pays. Alors que le traitement national correspond à la dimension interne du principe de non-discrimination, central dans le régime commercial international, le traitement NPF en est la dimension externe. La troisième obligation interdit ou limite les restrictions fondées sur la nationalité pour les cadres supérieurs et les conseils d'administration des entreprises.

¹³ ALÉNA, *supra* note 2, arts 1108.7.b et 1201.2.d.

¹⁴ *Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes*, 29 octobre 1971, 866 RTNU 67 (entrée en vigueur : 18 avril 1973).

¹⁵ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 24 juillet 1971, 1161 RTNU 3 (entrée en vigueur : 15 décembre 1972).

*propriété intellectuelle qui touchent au commerce*¹⁶ de l'OMC, l'*ALÉNA* offre une protection minimale de cinquante ans à compter de la publication d'une œuvre¹⁷.

À part les engagements et les exceptions concernant les produits culturels pris par les États-Unis et le Mexique dans le cadre des négociations de l'*ALÉNA*, ce dernier doit beaucoup aux dispositions déjà incluses dans l'*ALÉCÉU*. Les États-Unis ont essayé de renégocier l'exemption du secteur culturel obtenue par le Canada¹⁸. Pour le gouvernement canadien, cependant, cette question était déjà réglée et ne devait pas être rouverte. L'exemption culturelle dans l'*ALÉCÉU* devait être reconduite dans l'*ALÉNA* et, par conséquent, préserver le *statu quo*¹⁹. L'article 2106 de l'*ALÉNA* stipule que « [l']annexe 2106 s'applique aux Parties qui y sont visées pour ce qui concerne les industries culturelles ». À son tour, l'annexe 2106 prévoit que l'*ALÉCÉU* régit les droits et les obligations entre le Canada et toute autre partie concernant les industries culturelles, à l'exception de l'article 302 sur l'élimination des droits de douane.

Au cours des négociations de l'*ALÉCÉU*, le Canada avait insisté pour exempter les industries culturelles et il était prêt à mettre en péril l'ensemble de l'ACP si ce secteur n'était pas exclu du traité²⁰. Ainsi, en vertu de l'*ALÉCÉU*, « [l]es industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord, sauf stipulation expresse »²¹. Ces stipulations concernent l'élimination des tarifs douaniers pour les biens culturels²²; l'exigence pour tout investisseur américain devant se départir de ses actifs au Canada en raison de restrictions à la propriété dans les industries culturelles de recevoir la juste valeur marchande²³; des modifications à la loi canadienne afin d'assurer les autorisations et les paiements aux détenteurs de droits d'auteur américains pour la retransmission de signaux porteurs de programmes²⁴; et la suppression de l'exigence selon laquelle un magazine ou un journal canadien doit être imprimé ou mis en page au Canada pour que les annonceurs puissent déduire les dépenses liées à l'espace publicitaire aux fins de l'impôt²⁵. L'exemption s'accompagne du droit pour une partie de prendre des mesures de représailles « ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1 »²⁶.

¹⁶ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995).

¹⁷ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1705-06.

¹⁸ Maxwell A. Cameron et Brian W. Tomlin, *The Making of NAFTA : How the Deal Was Done*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 2000 à la p 160.

¹⁹ Maryse Robert, *Negotiating NAFTA : Explaining the Outcome in Culture, Textiles, Autos, and Pharmaceuticals*, Toronto, University of Toronto Press, 2000 aux pp 87-89.

²⁰ G. Bruce Doern et Brian W. Tomlin, *Faith and Fear : The Free Trade Story*, Toronto, Stoddart, 1991 à la p 200; Keith Acheson et Christopher Maule, *Much Ado about Culture : North American Trade Disputes*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999 aux pp 76-77. Voir aussi Gordon Ritchie, *Wrestling With the Elephant : The Inside Story of the Canada-US Trade Wars*, Toronto, Macfarlane, Walter & Ross, 1997 aux pp 121-37.

²¹ *ALÉCÉU*, *supra* note 8, art 2005.1.

²² *Ibid*, art 401.

²³ *Ibid*, art 1607.4.

²⁴ *Ibid*, art 2006.

²⁵ *Ibid*, art 2007.

²⁶ *Ibid*, art 2005.2.

Lorsque les questions relatives aux industries culturelles du Canada furent soulevées lors des négociations de l'*ALÉNA*, le gouvernement canadien envisagea d'obtenir des réserves que pour les chapitres couvrant les questions culturelles, comme il sera fait au cours des années deux mille dix dans certains ACP²⁷. Néanmoins, le Canada résolut de conserver une exemption culturelle pour l'ensemble de l'accord commercial, comme dans l'*ALÉCÉU*. En référant spécifiquement à ce dernier accord, le Canada s'assura que les nouvelles obligations en vertu de l'*ALÉNA* n'affecteraient pas les industries culturelles canadiennes. Le Canada pourrait adopter des mesures s'éloignant des obligations de l'*ALÉNA*, si celles-ci n'étaient pas incluses dans l'*ALÉCÉU*, comme pour la propriété intellectuelle et les services culturels tels que la radiodiffusion, sans être sujet à des représailles de la part des États-Unis ou du Mexique²⁸.

La définition des industries culturelles dans l'*ALÉNA* a été légèrement modifiée par rapport à celle dans l'*ALÉCÉU* : elle réfère à des personnes, plutôt qu'à des entreprises, qui se livrent à l'une ou l'autre des activités suivantes :

- a) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications;
- b) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo;
- c) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo;
- d) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine; ou
- e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite²⁹.

Comme dans l'*ALÉCÉU*, les arts de la scène (par exemple, le théâtre, l'opéra et la danse), les arts visuels et les musées ne sont pas inclus et, par conséquent, non exemptés des obligations de l'*ALÉNA*.

L'exemption culturelle « conditionnelle » prévue par le régime de l'*ALÉNA* a fait couler beaucoup d'encre. La clause de représailles rendrait les autorités canadiennes

²⁷ C'est le cas de l'*Accord économique et commercial global (AÉCG)* conclu avec l'Union européenne, du *Partenariat transpacifique (PTP)* négocié avec les États-Unis et dix autres pays du pourtour de l'océan Pacifique et de l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)* mis en place avec ces dix pays à la suite du retrait américain. Pour en savoir plus sur l'exemption culturelle canadienne dite par chapitre, voir Véronique Guèvremont, « L'exemption culturelle canadienne dans le Partenariat transpacifique ou la destinée d'une peau de chagrin » (2015) 28:1 RQDI 83; Goff, *supra* note 3 aux pp 558-62; Gagné, « Evolution of Canada's Cultural Exemption », *supra* note 3 aux pp 301-06.

²⁸ Robert, *supra* note 19 aux pp 51-52, 92-93.

²⁹ *ALÉCÉU*, *supra* note 8, art 2012; *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2107.

peu enclines à adopter ou même maintenir des mesures en matière de politique culturelle, par peur de la réaction des États-Unis. Les tensions ont atteint un sommet pendant la deuxième moitié des années quatre-vingt-dix à la suite d'initiatives et de décisions liées aux politiques culturelles canadiennes, dont certaines ont conduit à des différends commerciaux³⁰. Les États-Unis ont beaucoup de marge de manœuvre pour les mesures de représailles, bien qu'aucun cas de représailles ne se soit produit. Le gouvernement américain peut déterminer les secteurs économiques sujets à des sanctions commerciales et, comme dans le cadre du différend sur les périodiques, cibler divers secteurs sensibles pour les intérêts canadiens. Il peut aussi, à tout moment, modifier son choix des secteurs en question en vue de mettre de la pression sur le Canada.

Comme ils cherchent une grande libéralisation, les États-Unis ont relativement peu de réserves concernant les produits culturels dans l'*ALÉNA*, toutes dans l'annexe II. Le gouvernement américain a conservé le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative à l'investissement dans des réseaux et services de transport des télécommunications, à la fourniture de tels réseaux et services, ou aux radiocommunications. Les radiocommunications comprennent toutes les communications par radio, y compris la radiodiffusion. Cette réserve ne s'applique pas pour des services améliorés ou à valeur ajoutée ni pour la production et la vente d'émissions de radio ou de télévision ou l'attribution de licences pour ces fins. Deux autres réserves prévoient qu'un traitement équivalent pourrait être accordé aux personnes de tout pays qui restreint la participation de personnes des États-Unis dans une entreprise exploitant dans ledit pays un réseau de télévision par câble ou dans une entreprise de publication de quotidiens destinés principalement au public dudit pays et distribués dans ce pays³¹.

Contrairement au Canada, le Mexique a libéralisé de façon notable son secteur culturel dans le cadre de l'*ALÉNA*, mais s'est toutefois assuré d'un certain nombre d'exceptions. Rappelant des dispositions de l'*ALÉCÉU*³², des documents établissant que les détenteurs du droit d'auteur ont accordé les droits sont exigés pour que le *Secretaría de Gobernación* autorise l'importation, sous quelque forme que ce soit, d'émissions de radio ou de télévision à des fins de diffusion ou de distribution par câble au Mexique³³. À moins d'une décision contraire dudit secrétariat, l'utilisation de l'espagnol est obligatoire pour la diffusion, la câblodistribution et la distribution par systèmes de distribution multipoints (SDM) d'émissions de radio et de télévision, alors que les annonceurs et les présentateurs de radio ou de télévision doivent être des ressortissants mexicains pour travailler au Mexique. La majeure partie du temps consacré chaque jour aux émissions en direct doit mettre en vedette des ressortissants

³⁰ David Taras, « Swimming against the Current : American Mass Entertainment and Canadian Identity » dans David M. Thomas, dir, *Canada and the United States : Differences that Count*, 2^e éd, Peterborough (ON), Broadview Press, 2000, 192; Gilbert Gagné, « Cultural Sovereignty, Identity, and North American Integration : on the Relevance of the U.S.-Canada-Quebec Border » (2003/2004) 36 *Québec Studies* 29. Voir aussi Ritchie, *supra* note 20 aux pp 224-38; Acheson et Maule, *supra* note 20 aux pp 185-348.

³¹ *ALÉNA*, *supra* note 2, annexe II, liste des États-Unis.

³² *ALÉCÉU*, *supra* note 8, art 2006.

³³ *ALÉNA*, *supra* note 2, annexe I, liste du Mexique.

mexicains. L'utilisation de l'espagnol ou de sous-titres espagnols est aussi requise pour toute annonce publicitaire diffusée ou distribuée au Mexique. Les annonces publicitaires insérées dans des émissions transmises directement de l'étranger ne peuvent être diffusées dans le cadre de ces émissions lorsque celles-ci sont retransmises au Mexique³⁴.

Dans le cas de la télévision par câble, les investisseurs d'une autre partie ou leurs investissements ne peuvent détenir, directement ou indirectement, qu'au plus 49 % du capital d'une entreprise de ce sous-secteur³⁵. Cette dernière exception devait être discutée par les parties cinq ans après l'entrée en vigueur de l'*ALÉNA*³⁶. Une concession pour construire et/ou exploiter un système de télévision par câble ne peut être accordée qu'à des citoyens mexicains ou à des entreprises mexicaines³⁷. Sous réserve d'une évaluation annuelle, les salles de cinéma peuvent devoir consacrer 30 % de leur temps de projection aux films produits par des Mexicains, au Mexique ou à l'étranger³⁸. Les gouvernements étrangers et les entreprises d'État étrangères ou leurs investissements ne peuvent investir, directement ou indirectement, dans des entreprises mexicaines liées aux communications, au transport et autres moyens généraux de communication³⁹. Les investisseurs d'une autre partie ou leurs investissements peuvent détenir, directement ou indirectement, 100 % du capital d'une entreprise au Mexique qui assure à la fois l'impression et la distribution au Mexique d'un quotidien publié à l'étranger, mais au plus 49 % dans le cas de l'impression et de la publication d'un quotidien rédigé principalement pour un lectorat mexicain et distribué dans le pays⁴⁰.

Le Mexique a pris, cependant, relativement peu de réserves pour des mesures ultérieures. Il s'est réservé le droit d'adopter ou de maintenir des mesures concernant l'investissement ou la fourniture de services dans la radiodiffusion, les SDM, la musique en continu et la télévision haute définition. Cette réserve ne s'applique pas aux mesures relatives à la production et à la vente d'émissions de radio ou de télévision, ni à l'octroi de licences à ces fins⁴¹.

Malgré les dispositions de l'*ALÉNA*, et maintenant de l'*ACÉUM*, les industries culturelles demeurent sujettes aux obligations multilatérales. C'est particulièrement le cas en vertu de la *GATT*, régulant le commerce des biens, dans lequel la seule exception s'appliquant aux produits culturels se rapporte aux quotas cinématographiques⁴². Même si le Canada n'a pris aucun engagement concernant les services culturels dans le cadre de l'*AGCS*, les produits culturels peuvent prendre la forme de biens et de services et, dès lors, être sujets à des règles divergentes. La plainte des États-Unis à l'OMC en 1996 à l'encontre des mesures canadiennes pour la protection des périodiques, qui ont été jugées incompatibles avec les dispositions commerciales internationales, en est un

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, annexe II, liste du Mexique.

⁴² *GATT*, *supra* note 10, art IV.

exemple. L'enjeu majeur se rapportait à la perte de revenus publicitaires pour les périodiques canadiens en faveur des magazines américains à tirage dédoublé. Les instances de l'OMC ont estimé que dans les cas où des mesures ont un impact sur la fourniture d'un service (publicité) associé à un bien (périodique), les liens entre l'AGCS et les services culturels, d'une part, et le *GATT* et les biens culturels, d'autre part, ne peuvent être déterminés qu'au cas par cas, en prenant en considération la nature et les effets de la ou des mesures en cause⁴³.

III. L'Accord Canada-États-Unis-Mexique

Après les menaces du président américain Donald Trump de renégocier ou de mettre fin à l'*ALÉNA*, la renégociation a eu lieu du mois d'août 2017 au mois de septembre 2018. L'accord en résultant, l'*ACÉUM*, a été signé le 30 novembre 2018 et, à la suite de l'entente sur un Protocole de modification en décembre 2019, est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020. Les exceptions en vertu des annexes I et II continuent de soustraire les États parties aux obligations clés des chapitres sur l'investissement et les services⁴⁴ et, par conséquent, demeurent les principaux déterminants quant à leur capacité à mettre en œuvre des politiques culturelles. Les chapitres sur l'investissement et les services réitèrent aussi que leurs règles respectives ne s'appliquent pas « aux subventions ou aux contributions accordées par une Partie, y compris les emprunts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien gouvernemental »⁴⁵.

Comme le gouvernement américain désirait mettre à jour l'*ALÉNA* et garantir la « liberté numérique », l'*ACÉUM* inclut un chapitre sur le commerce électronique ou le commerce de produits numériques. Cette dernière notion désigne « un programme informatique, un texte, une vidéo, une image, un enregistrement audio ou un autre produit encodé numériquement, qui est produit pour la vente ou la distribution commerciale et qui peut être transmis par voie électronique »⁴⁶. Une note de bas de page stipule que cette définition ne devrait pas être interprétée comme reflétant la position d'une partie selon laquelle les produits numériques constituent un bien ou un service⁴⁷. Il est entendu qu'une mesure affectant la fourniture d'un service livré ou exécuté par voie électronique est soumise aux dispositions et aux exceptions en vertu des chapitres sur l'investissement et les services⁴⁸. Le chapitre interdit l'imposition de droits de douane, de redevances ou d'autres frais relatifs aux échanges de produits numériques transmis électroniquement; mais non de taxes, redevances ou autres impositions intérieures à condition que celles-ci soient en conformité avec l'*ACÉUM*⁴⁹.

⁴³ OMC, Groupe spécial, *Canada—Certaines mesures concernant les périodiques*, OMC Doc WT/DS31/R (1997); OMC, Organe d'appel, *Canada—Certaines mesures concernant les périodiques*, OMC Doc WT/DS31/AB/R (1997). Voir Gilbert Gagné, « Libéralisation et exception culturelle : le différend canado-américain sur les périodiques » (1999) 30:3 *Études int* 571.

⁴⁴ *ACÉUM*, *supra* note 4, arts 14.12.1-2 et 15.7.1-2.

⁴⁵ *Ibid*, arts 14.12.5.b et 15.2.3.d.

⁴⁶ *Ibid*, art 19.1, s.v. « produit numérique ».

⁴⁷ *Ibid*, art 19.1.

⁴⁸ *Ibid*, art 19.2.4.

⁴⁹ *Ibid*, art 19.3.

Il existe également une exigence de traitement non discriminatoire des produits numériques, sous réserve d'une exception pour les subventions ou les dons accordés par les parties⁵⁰. Enfin, le chapitre sur le commerce numérique doit être considéré conjointement avec les mesures de libéralisation des télécommunications, des services informatiques et connexes, ainsi que des produits de haute technologie.

Les secteurs de l'audiovisuel, de l'informatique et des télécommunications tendent à converger. Les technologies numériques incorporent les segments de marché des télécommunications, centrées sur la transmission et les réseaux, et de l'audiovisuel, centré sur la programmation et les contenus, de manière à jumeler la disponibilité des contenus à l'accès aux réseaux. Les acteurs dans le secteur des télécommunications, dès lors, joueront un rôle de plus en plus grand dans la diffusion des contenus culturels numériques, notamment par le biais des services d'accès Internet qu'ils fournissent⁵¹. Comme c'est le cas pour la propriété intellectuelle, les États parties à l'*ACÉUM* doivent assurer une surveillance réglementaire effective du secteur des télécommunications en vertu de leur législation intérieure⁵². Dans le chapitre sur la propriété intellectuelle, pour ce qui touche les produits culturels, chaque partie affirme avoir ratifié ou adhéré à la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* de 1971, au *Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur* et au *Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, tous deux adoptés en 1996⁵³. Concernant le droit d'auteur et les droits connexes, l'*ACÉUM* étend la durée de protection d'une œuvre, d'une interprétation ou exécution ou d'un phonogramme à la vie de l'auteur plus soixante-dix ans suivant son décès ou pas moins de soixante-quinze ans après la première publication autorisée ou de soixante-dix ans à compter de la création⁵⁴.

Malgré la détermination du représentant américain au commerce d'éliminer l'exemption culturelle du Canada⁵⁵, dans le chapitre sur les exceptions et dispositions générales, l'article 32.6 de l'*ACÉUM* se rapporte aux industries culturelles et comprend cinq paragraphes⁵⁶. Le premier reprend la définition de ces industries utilisée dans l'*ALÉNA*. Une question à cet égard est de savoir si cette définition qui remonte aux années quatre-vingt est neutre d'un point de vue technologique pour inclure les plateformes numériques et notamment l'Internet. Si les sites web des diffuseurs et des journaux peuvent être inclus dans cette définition, ce peut être différent pour les services exclusivement sur Internet, qui échapperaient alors à l'exemption

⁵⁰ *Ibid*, art 19.4.

⁵¹ Gagné, *Trade and Culture Debate*, *supra* note 3 aux pp 52-54.

⁵² *ACÉUM*, *supra* note 4, chapitre 18.

⁵³ *Ibid*, art 20.7.

⁵⁴ *Ibid*, art 20.6.2.

⁵⁵ Anshu Siripurapu, « Seade : Mexico Demanded Cultural Exemption in USMCA after Canada Got One » (11 octobre 2018), en ligne: *World Trade Online* <insidetrade.com/daily-news/seade-mexico-demanded-cultural-exemption-usmca-after-canada-got-one>.

⁵⁶ Janyce McGregor, « Canada to Apply USMCA Cultural Exemption to Trade in Digital Media » *CBC News* (17 octobre 2018), en ligne : <www.cbc.ca/news/politics/usmca-nafta-cultural-exemption-1.4865113>; Gagné, « Evolution of Canada's Cultural Exemption », *supra* note 3 aux pp 306-07.

culturelle⁵⁷. Pour la plupart des analystes, cependant, la définition des industries culturelles semble assez large pour inclure les médias numériques et, de ce fait, ne poserait pas de problèmes. Par ailleurs, une définition uniforme est peut-être préférable, au vu de l'ensemble des ACP canadiens⁵⁸.

Dans le deuxième paragraphe, l'exemption culturelle générale se lit maintenant comme suit : « Le présent accord ne s'applique pas à une mesure adoptée ou maintenue par le Canada concernant une industrie culturelle, sauf disposition contraire expresse de l'article 2.4 (Traitement des droits de douane) ou de l'annexe 15-D (Services de programmation) »⁵⁹. Les services dans l'annexe 15-D touchent : 1) la substitution simultanée de signaux, en vertu de laquelle le Canada doit annuler les règlements du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes qui mettaient fin à la substitution simultanée de publicités américaines par des publicités canadiennes, permettant ainsi aux Canadiens de regarder des publicités américaines, pendant la diffusion du Super Bowl, ce dernier devant recevoir un traitement non moins favorable que celui accordé aux autres émissions provenant des États-Unis retransmises au Canada; 2) les exigences relatives aux autorisations des titulaires de droits d'auteur pour la retransmission de signaux d'émissions (reprenant largement l'article 2006 de l'*ALÉCÉU*); et 3) les services de programmation américains spécialisés dans le téléachat dont la distribution doit être autorisée au Canada. En ce qui concerne cette annexe, comme dans l'*ALÉCÉU*, l'exemption culturelle canadienne est accompagnée de certains engagements⁶⁰. Pourtant, au regard de l'ensemble des mesures de politiques culturelles du Canada, ceux-ci sont assez limités et, contrairement à ce que prétend Geist⁶¹, leur portée ne doit pas être exagérée.

La clause de représailles est reconduite au paragraphe 4 : « Nonobstant toute autre disposition du présent accord, une Partie peut prendre une mesure d'effet commercial équivalent en réaction à une action d'une autre Partie qui serait incompatible avec le présent accord si ce n'était du paragraphe 2 ou 3 »⁶². À cet égard, une nouvelle disposition au paragraphe 3 stipule qu'« [e]n ce qui a trait aux produits, aux services et aux contenus canadiens, les États-Unis et le Mexique peuvent adopter ou maintenir une mesure qui, si elle était adoptée ou maintenue par

⁵⁷ Acheson et Maule, *supra* note 20 à la p 76; Michael Geist, « The Trouble with the TPP, Day 29 : Cultural Policy Innovation Uncertainty » (11 février 2016), en ligne (blogue) : *Michael Geist* <www.michaelgeist.ca/2016/02/the-trouble-with-the-tpp-day-29-cultural-policy-innovation-uncertainty/>; Véronique Guèvremont et Ivana Otašević, *Culture in treaties and agreements : implementing the 2005 Convention in bilateral and regional trade agreements*, Paris, UNESCO, 2017 à la p 58, en ligne (pdf) : *UNESCO* <en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/dce-policyresearch-book1-en-web.pdf>.

⁵⁸ Goff, *supra* note 3 à la p 564.

⁵⁹ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 32.6.2.

⁶⁰ *Ibid*, chapitre 15, annexe 15-D.

⁶¹ Michael Geist, « The Full “Culture Exception” that Isn't : Why Canada Caved on Independent Cultural Policy in the USMCA » (11 octobre 2018), en ligne (blogue) : *Michael Geist* <www.michaelgeist.ca/2018/10/usmcaculture/>.

⁶² *ACÉUM*, *supra* note 4, art 32.6.4.

le Canada, serait incompatible avec le présent accord si ce n'était du paragraphe 2 »⁶³. Ainsi, les autres partenaires de l'*ACÉUM* sont désormais autorisés à adopter ou à maintenir des mesures de politiques culturelles, au vu de mesures similaires en place au Canada. Fait intéressant, cela pourrait amener le Canada à utiliser la clause de représailles.

Enfin, il y a un nouveau paragraphe relatif au règlement des différends. Il prévoit qu'un « différend visant une mesure prise en application du paragraphe 4 est régi exclusivement par le mécanisme de règlement prévu par le présent accord, à moins qu'une Partie ayant cherché à instituer un groupe spécial [...] n'y soit pas parvenue dans les 90 jours suivant la date de transmission de la demande de consultations »⁶⁴. Dès transmission de la demande d'institution d'un groupe spécial arbitral, ce dernier est institué⁶⁵. Le Protocole d'amendement a ici supprimé la possibilité, initialement reprise de l'*ALÉNA*, pour les parties de bloquer l'établissement d'un groupe spécial⁶⁶. Cette modification, limitée au chapitre sur le règlement des différends, aurait dû conduire à une reformulation de la section correspondante du paragraphe 5, car elle rend caduque l'éventuelle impossibilité d'instituer un groupe spécial. En outre, un groupe spécial formé en vertu du paragraphe 5 a compétence pour statuer et peut faire des constatations uniquement sur la question de savoir si l'action à laquelle une autre partie réagit constitue une mesure adoptée ou maintenue à l'égard d'une industrie culturelle et si la mesure de représailles d'une partie a un « effet commercial équivalent »⁶⁷ à l'action de l'autre partie. Cette compétence restreinte soulève des questions, notamment en ce qui concerne la possibilité pour un groupe spécial de se prononcer si une mesure, bien qu'elle soit liée à une industrie culturelle, est compatible avec l'*ACÉUM* et, par conséquent, ne peut donner lieu à des représailles.

Il y a encore quelques exceptions prises par le gouvernement américain concernant les industries culturelles dans le cadre de l'*ACÉUM*. Elles sont formulées différemment et de façon plus détaillée que celles de l'*ALÉNA*, en fonction de l'évolution des différents ACP américains qui se sont succédé. En vertu de l'annexe I, dans le domaine des radiocommunications, soit toutes les communications par radio, y compris la radiodiffusion, les États-Unis se réservent le droit de restreindre la propriété des licences radio en vertu de leurs dispositions législatives et réglementaires sur la participation étrangère⁶⁸. En vertu de l'annexe II, au sujet du Canada, le gouvernement américain se réserve le droit : a) d'adopter ou de maintenir toute mesure accordant un traitement différencié aux personnes d'autres pays en

⁶³ *Ibid*, art 32.6.3.

⁶⁴ *Ibid*, art 32.6.5.a.

⁶⁵ *Ibid*, art 31.6.4.

⁶⁶ *Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) - Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, 10 décembre 2019 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020). Voir David A. Gantz et Sergio Puig, « The Scorecard of the USMCA Protocol of Amendment » (23 décembre 2019), en ligne (blogue) : *EJIL:Talk!* <www.ejiltalk.org/the-scorecard-of-the-usmca-protocol-of-amendment/>.

⁶⁷ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 32.6.5.b.

⁶⁸ *Ibid*, annexe I, liste des États-Unis.

application de mesures de réciprocité ou d'ententes internationales visant à partager le spectre des radiofréquences ou à garantir l'accès aux marchés ou le traitement national en ce qui a trait à la transmission unidirectionnelle par satellite, à savoir les services de radiodiffusion directe à domicile (RDD) et les services de radiodiffusion directe (SRD) de signaux de télévision et de signaux audio numériques; et b) d'interdire à une personne d'une partie d'offrir des RDD et des SRD de signaux de télévision et de signaux audio numériques vers le territoire des États-Unis à moins que cette personne n'établisse que la partie de laquelle elle est une personne : i) permet aux personnes des États-Unis d'obtenir une licence pour de tels services dans cette partie dans des circonstances similaires; et ii) ne traite pas la fourniture de contenu audio ou vidéo provenant de la partie d'une façon plus favorable que la fourniture de contenu audio ou vidéo provenant d'un État tiers ou de toute autre partie⁶⁹. Dans le cas de la dernière interdiction, il y en a une autre qui lui est similaire, qui cette fois-ci ne concerne pas que le Canada, qui touche à la propriété ou à l'exploitation d'un réseau de câblodistribution sur le territoire des États-Unis⁷⁰. Finalement, le gouvernement américain s'est réservé le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure qui n'est pas incompatible avec ses engagements d'accès aux marchés en vertu de l'*AGCS*⁷¹.

Alors que les quelques engagements du Canada concernant le secteur culturel figurent dans l'annexe 15-D du chapitre sur les services de l'*ACÉUM*, l'annexe 15-E résume les exceptions culturelles prises par le Mexique et consignées aux annexes I et II de l'accord. L'annexe 15-E débute avec un préambule qui rappelle la *Convention sur la diversité culturelle* et qui se lit ainsi :

Reconnaissant que la culture est une composante importante de la dimension créative, symbolique et économique du développement humain,

Affirmant le droit fondamental à la liberté d'expression et le droit à une information plurielle et diversifiée,

Reconnaissant que les États ont le droit souverain de préserver, d'élaborer et de mettre en œuvre leurs politiques culturelles, d'appuyer leurs industries culturelles en vue de renforcer la diversité des expressions culturelles et de préserver leur identité culturelle⁷².

En vertu de l'annexe I, pour la radio et la télévision à accès libre, les concessions uniques et les concessions relatives aux bandes de fréquences ne doivent être accordées qu'à des citoyens mexicains ou à des entreprises constituées en vertu des lois et règlements du Mexique. Un investisseur d'une partie ou ses investissements peuvent détenir une participation jusqu'à 49 % dans une entreprise concessionnaire fournissant des services de radiodiffusion. Ce seuil s'applique en fonction de la réciprocité existante avec le pays dans lequel l'investisseur ou le négociant qui détient le contrôle ultime de cet investissement étranger, directement

⁶⁹ *Ibid.*, annexe II, liste des États-Unis.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, chapitre 15, annexe 15-E.

ou indirectement, est constitué. Dans tous les cas, un avis favorable de la Commission nationale sur les investissements étrangers est requis pour l'octroi d'une concession impliquant des investissements étrangers. En aucun cas, une concession, les droits conférés par celle-ci, les installations, les services auxiliaires, les bureaux ou les accessoires et les biens y afférents, ne peuvent être cédés, grevés, mis en gage ou donnés en fiducie, hypothéqués ou transférés, en totalité ou en partie, à un gouvernement ou un État étranger. Des concessions à des fins d'utilisation sociale autochtone doivent être accordées aux peuples et aux communautés autochtones du Mexique en vue de promouvoir, de développer et de préserver les langues, les cultures, les connaissances, les traditions, les identités et règles internes, et ce, conformément au principe de l'égalité des sexes, de façon à permettre l'intégration des femmes autochtones dans la réalisation des objectifs pour lesquels la concession est accordée. L'État doit garantir que la radiodiffusion promeut les valeurs de l'identité nationale. Les concessions de radiodiffusion doivent utiliser et favoriser les valeurs artistiques locales et nationales et l'expression de la culture mexicaine, en fonction des caractéristiques de la programmation prévue. Une plus grande partie de la programmation quotidienne comportant des prestations par des particuliers doit être réservée pour des ressortissants mexicains⁷³.

Un investisseur d'une autre partie ou ses investissements ne peuvent détenir, directement ou indirectement, une participation supérieure à 49 % dans une entreprise établie sur le territoire mexicain, ou devant s'y établir, à des fins d'impression ou de publication de quotidiens rédigés principalement pour des lecteurs mexicains et distribués sur le territoire du Mexique⁷⁴. Les cinémas doivent réserver 10 % de leur temps d'écran à la projection de films nationaux⁷⁵. Finalement, en vertu de l'annexe II, le Mexique a assorti de restrictions ou de conditions ses engagements d'accès aux marchés en matière de services audiovisuels⁷⁶.

Le Canada a inclus des dispositions afin d'exempter les industries culturelles dans tous ses ACP. Dans le cas des accords avec les États-Unis, soit l'*ALÉCÉU*, l'*ALÉNA* et l'*ACÉUM*, une exemption générale a été assortie de dispositions permettant des représailles contre des mesures de politiques culturelles. Lors de la renégociation de l'*ALÉNA*, une question centrale était de savoir si l'exemption des industries culturelles canadiennes allait s'appliquer au commerce des produits numériques. Le Canada a opposé un refus sans précédent aux demandes des États-Unis dans le domaine du commerce numérique et a obtenu le maintien de l'exemption culturelle générale. Le gouvernement canadien, porte-étendard de l'exception et de la diversité culturelles, avait fait de la préservation de sa presque

⁷³ *Ibid.*, annexe I, liste du Mexique.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, annexe II, liste du Mexique.

complète capacité à mettre en œuvre des politiques culturelles une condition *sine qua non* à sa participation à l'ACÉUM, obligeant ainsi les États-Unis à reculer. Mais ce fut peut-être plus facile pour le Canada d'obtenir ce qu'il voulait étant donné que la clause de représailles a également été maintenue⁷⁷.

Générale, quoique conditionnelle, l'exemption culturelle canadienne, telle que reconduite dans l'ACÉUM, n'est pas sans susciter des préoccupations. Outre le possible nécessité d'une définition mise à jour ou élargie des industries culturelles afin d'inclure clairement les plateformes numériques, la clause de représailles peut continuer à avoir un puissant effet dissuasif auprès des pouvoirs publics canadiens pour adopter des mesures de politiques culturelles, spécialement dans le domaine numérique. Finalement, l'exemption culturelle canadienne devrait normalement être renforcée avec des dispositions visant à résoudre les différends liés au commerce culturel exclusivement en vertu de l'ACÉUM, plutôt qu'en recourant à l'OMC, dans le cadre de laquelle une telle exemption n'existe pas.

Précisons ici que la plupart des domaines à présent couverts dans les ACP sont, pour l'essentiel, sujets aux dispositions qui figurent dans le corps du texte de ces accords. Il peut alors s'avérer intéressant de comparer les dispositions relatives à certains domaines dans des ACP concurrents et concomitants, comme l'AÉCG, le PTPGP, l'ACÉUM ou encore le *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*⁷⁸. Or, le traitement des produits culturels dépend dans une grande mesure des engagements et/ou exceptions spécifiques pris par les États parties et stipulés dans les annexes de tels accords. En cela, les obligations auxquelles les États souscrivent en matière culturelle ne varient pas tant en fonction des ACP auxquels ils sont parties que de leurs préférences et positions quant au débat commerce-culture. Cela fait également en sorte que ces mêmes obligations se révèlent assez constantes dans leurs divers ACP.

C'est ainsi qu'en tant que principal défenseur de la libéralisation du commerce des produits culturels, les États-Unis ont peu de réserves touchant ce domaine dans leurs ACP. Dans l'ALÉNA, ils ont gardé de la latitude dans le secteur des radiocommunications, alors que d'autres réserves prévoient la réciprocité dans le cas de la participation dans des entreprises de télévision par câble ou de publication de quotidiens. Le gouvernement américain, en vertu de l'ACÉUM, bénéficie encore de réserves pour la propriété des licences radio. À l'endroit du Canada, il a obtenu des exceptions au traitement NPF dans le cas de la télévision par satellite et des services audionumériques ainsi que pour le traitement réciproque de l'offre de tels services aux États-Unis et, pour les parties à l'ACÉUM, de la télévision par câble.

Dans le cadre de l'ALÉNA, le Mexique a des réserves quant à l'utilisation de l'espagnol à la radio et à la télévision. C'est aussi le cas pour le recours aux nationaux dans la majorité des émissions diffusées et en tant qu'annonceurs ou présentateurs. Des réserves s'appliquent aussi à propos de la propriété ou des concessions d'entreprises et

⁷⁷ Gilbert Gagné, « Trade and Culture : The United States » (2019) 25:5 Intl J Cultural Policy 615 à la p 624.

⁷⁸ Le RCEP, conclu en novembre 2020, regroupe quinze des principaux pays de la région Asie-Pacifique, dont l'Australie, la Chine, la Corée du Sud, l'Indonésie et le Japon.

de services de télévision par câble, des quotas cinématographiques ainsi que pour l'impression et la publication de quotidiens destinés à un lectorat mexicain. Des réserves pour mesures ultérieures incluent le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative à l'investissement ou la fourniture de services dans la radiodiffusion et la télédiffusion, les SDM, la musique en continu et la télévision haute définition. Le Mexique a maintenu la plupart de ces réserves dans l'*ACÉUM*, à l'exception de celles concernant la télévision par câble, qui avaient été supprimées, alors que les quotas cinématographiques avaient été réduits. En réponse au mécontentement américain concernant les exceptions liées à l'usage de l'espagnol, le Mexique les a reformulées pour mettre l'accent sur la diversité culturelle, notamment la possibilité de favoriser les cultures et les langues autochtones⁷⁹.

Ainsi, de l'*ALÉNA 1.0* à l'*ALÉNA 2.0*, le traitement des produits culturels a évolué, notamment grâce à des dispositions se rapportant au commerce numérique et à la prolongation du droit d'auteur. Cependant, en ce qui a trait aux réserves obtenues par les États parties, dans l'ensemble, peu de choses ont changé. À part les dispositions pour le maintien réciproque ou l'adoption de mesures de politiques culturelles par d'autres partenaires et pour le règlement des différends exclusivement en vertu de l'*ACÉUM*, l'essentiel de l'exemption culturelle générale du Canada a été reconduit, incluant la dimension numérique. Bien qu'un peu plus nombreuses et formulées quelque peu différemment, les exceptions prises par les États-Unis n'ont pas varié de façon significative et demeurent très limitées. Quant au Mexique, malgré un nouvel accent mis sur la diversité et l'identité culturelles, la portée de ses exceptions a, en fait, diminué.

⁷⁹ Siripurapu, *supra* note 55.

L'ACÉUM ET LE COMMERCE NUMÉRIQUE

Rabii Haji et Patrick Leblond***

Le chapitre 19 de l'ACÉUM sur le commerce numérique est, parmi les accords commerciaux préférentiels (ACP), celui qui va le plus loin pour libéraliser le commerce numérique entre les pays signataires. En fait, les États-Unis, contrairement à l'Union européenne et la Chine, par exemple, voient les ACP comme le meilleur moyen pour assurer la libre circulation des biens et services numériques au-delà des frontières tout en gouvernant les flux de données qui rendent possibles ces transactions commerciales. Pourquoi les États-Unis ont-ils choisi de faire de ces accords commerciaux le véhicule principal pour gouverner le commerce numérique et les flux de données avec le reste du monde ? Et pourquoi un partenaire comme le Canada a-t-il accepté des dispositions au sein de l'ACÉUM qui imposent des limites potentielles importantes à la régulation des données et des plateformes numériques ? En utilisant une perspective d'économie politique, le présent article répond à ces questions.

Chapter 19 of *CUSMA* on digital trade is, among the preferential trade agreements (PTAs), the one that goes the furthest to liberalize digital trade between signatory countries. In fact, the United States, unlike the European Union and China, for example, sees the ACP as the best way to ensure the free flow of digital goods and services across borders while governing data flows that make these commercial transactions possible. Why did the United States choose to make these trade agreements the primary vehicle for governing digital trade and data flows with the rest of the world? And why has a partner like Canada accepted provisions within *CUSMA* that impose significant potential limits on the regulation of data and digital platforms? Using a political economy perspective, this article answers these questions.

El capítulo 19 del *T-MEC* sobre comercio digital es, entre los acuerdos comerciales preferenciales (ACP), el que más lejos va en la liberalización del comercio digital entre los países signatarios. De hecho, los Estados Unidos, a diferencia de la Unión Europea y China, por ejemplo, ven la ACP como la mejor manera de garantizar el libre flujo de bienes y servicios digitales a través de las fronteras mientras rige los flujos de datos que hacen posibles estas transacciones comerciales. ¿Por qué Estados Unidos eligió hacer de estos acuerdos comerciales el principal vehículo para regular el comercio digital y los flujos de datos con el resto del mundo? ¿Y por qué un socio como Canadá ha aceptado disposiciones dentro del *T-MEC* que imponen límites potenciales significativos a la regulación de datos y plataformas digitales? Utilizando una perspectiva de economía política, este artículo responde a estas preguntas.

* Doctorant en science politique à l'Université d'Ottawa.

** Professeur agrégé et titulaire de la Chaire CN-Paul M Tellier en entreprise et politiques publiques à l'École supérieure d'affaires publiques et internationales de l'Université d'Ottawa.

L'arrivée d'Internet dans la vie de tous les jours à la fin des années quatre-vingt-dix a conduit au développement rapide du commerce numérique au cours des deux dernières décennies¹. En 2016, le McKinsey Global Institute estimait qu'environ 50 % des services échangés dans le monde étaient sous forme numérique, tandis que le commerce numérique représentait environ 12 % de tous les biens échangés par-delà les frontières². Ces pourcentages, notamment en raison de la pandémie de la COVID-19 et des confinements qu'elle a causés, ont sûrement augmenté de manière significative depuis.

Avec une telle évolution du commerce numérique, il n'est pas surprenant que les accords commerciaux signés depuis vingt ans incluent des dispositions pour appuyer ce commerce. Selon Burri et Polanco, qui ont recensé 346 accords commerciaux préférentiels ou de libre-échange (ALÉ) entre 2000 et 2019, 184 ACP comprennent des dispositions liées au commerce numérique, dont 78 avec des chapitres dédiés au commerce numérique³. Un des plus récents accords commerciaux avec des dispositions touchant le commerce numérique est l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM)*, qui est entré en vigueur le 1er juillet 2020 pour remplacer l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*⁴. Contrairement à l'*ALÉNA*, l'*ACÉUM* contient un chapitre (19) dédié au commerce numérique. Ce chapitre est, à ce jour, celui qui va le plus loin pour libéraliser le commerce numérique entre les pays signataires. En fait, les États-Unis voient les ALÉ comme le meilleur moyen pour assurer la libre circulation des biens et services numériques au-delà des frontières tout en gouvernant les flux de données qui rendent possibles ces transactions commerciales⁵.

¹ Il n'existe pas de définition reconnue du commerce électronique ou du commerce numérique. Voir Yasmin Ismail, « Le commerce électronique au sein de l'Organisation mondiale du commerce : Historique et dernières avancées des négociations dans le cadre de la déclaration conjointe » (2020) Institut international du développement durable à la p 2, en ligne : *Institut international du développement durable* <www.iisd.org/system/files/publications/commerce-electronique-organisation-mondiale.pdf>. Les termes « commerce électronique » et « commerce numérique » sont souvent utilisés de façon interchangeable. Pour les fins de cet article, nous utilisons le terme « commerce numérique » en suivant la définition offerte par López González et Jouanjean : « *While there is no single recognised and accepted definition of digital trade, there is a growing consensus that it encompasses digitally enabled transactions in trade in goods and services which can be either digitally or physically delivered and which involve consumers, firms and governments* » : Javier López González et Marie-Agnès Jouanjean, « Digital trade : Developing a framework for analysis » (2017), OECD Trade Policy Papers No 205 à la p 4, en ligne : *Organisation pour la coopération et le développement économique* <www.oecd-ilibrary.org/trade/digital-trade_524c8c83-en>.

² James Manyika et al, « Digital globalization: The new era of global flows » (24 février 2016), en ligne : *McKinsey Global Institute* <www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/digital-globalization-the-new-era-of-global-flows>.

³ Mira Burri et Rodrigo Polanco, « Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements : Introducing a New Dataset » (2020) 23:1 *J Intl Econ L* 187 à la p 192.

⁴ L'autre accord commercial d'importance récemment conclu avec des dispositions sur le commerce numérique est le *Partenariat économique régional global (Regional Comprehensive Economic Partnership [RCEP])*, comprenant plusieurs pays de l'Asie-Pacifique. Pour une analyse du chapitre sur le commerce numérique de cet accord, voir Patrick Leblond, « Digital Trade : Is RCEP the WTO's Future? » (23 novembre 2020), en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/articles/digital-trade-rcep-wtos-future/> [Leblond, « RCEP »].

⁵ Henry Gao, « Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements : From Trade Regulation to Digital Regulation » (2018) 45:1 *Legal issues economic integration* 47 [Gao, « Regulation »]; Susan

D'autres pays ou juridictions n'ont pas adopté l'approche américaine. Par exemple, l'Union européenne (UE) s'est généralement limitée jusqu'à maintenant à n'inclure dans ses ALÉ que des dispositions empêchant l'imposition de droits de douane sur les biens et services livrés par voie électronique, en ligne avec le moratoire adopté à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1998 quant à l'imposition de tels droits de douane⁶. Autrement, ses accords incluent des dispositions non contraignantes concernant l'adoption par les parties de lois et réglementations visant à protéger les consommateurs et la vie privée. C'est ce qu'on retrouve, notamment, dans l'*Accord économique et commercial global (AÉCG)* négocié avec le Canada⁷. Dans aucun cas, les ALÉ négociés par l'UE ne contiennent des dispositions à propos des flux de données⁸.

La Chine limite également la portée des dispositions concernant le commerce numérique dans ses ALÉ. Comme l'UE (et en règle avec l'OMC), le gouvernement chinois a surtout adopté des dispositions ne permettant pas l'imposition de droits de douane sur les biens et services livrés par voie électronique et ignorant le mouvement des données entre les parties signataires⁹. Dans le *Partenariat régional économique global (RCEP)*, dont le chapitre sur le commerce numérique s'inspire beaucoup de l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, la Chine a accepté des dispositions visant à limiter l'imposition de restrictions sur les flux de données personnelles et commerciales entre les parties signataires. Cependant, ses dispositions sont truffées d'exceptions qui les rendent inefficaces en pratique¹⁰.

Compte tenu des différences entre les grandes puissances économiques (Chine, États-Unis et UE) quant aux dispositions touchant le commerce numérique au sein des ALÉ, pourquoi les États-Unis ont-ils choisi de faire de ces accords commerciaux le véhicule principal pour gouverner le commerce numérique et les flux de données avec le reste du monde ? Et pourquoi un partenaire comme le Canada a-t-il accepté des dispositions au sein de l'*ACÉUM* qui imposent des limites potentielles importantes à la régulation des données et des plateformes numériques¹¹ ? En utilisant une approche d'économie politique, le présent article répond à ces questions. Avant d'y répondre, il offre une discussion détaillée des dispositions se trouvant dans le chapitre 19 de l'*ACÉUM* sur le commerce numérique.

A Aaronson et Patrick Leblond, « Another Digital Divide : The Rise of Data Realms and its Implications for the WTO » (2018) 21:2 J Intl Econ L 245 [Aaronson et Leblond, « Another Digital Divide »].

⁶ OMC, *Déclaration sur le commerce électronique mondial* (20 mai 1998), OMC Doc WT/MIN(98)/DEC/2.

⁷ L'accord de partenariat économique négocié par l'UE avec le Japon est plus étendu que l'*AÉCG* en incluant des dispositions contraignantes touchant les « codes source », les contrats et signatures électroniques ainsi que la régulation des messages électroniques commerciaux non sollicités.

⁸ Aaronson et Leblond, « Another Digital Divide », *supra* note 5. Au sein de l'UE, c'est le *Règlement général sur la protection des données* qui gouverne les flux de données personnelles entre l'UE et des pays tiers.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Leblond, « RCEP », *supra* note 4.

¹¹ Patrick Leblond, « Digital Trade at the WTO : The CPTPP and CUSMA Pose Challenges to Canadian Data Regulation » (9 octobre 2019) CIGI Paper No 227, en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/static/documents/documents/no.227.pdf> [Leblond, « WTO »].

I. L'ACÉUM et son chapitre 19 sur le commerce numérique

Comme le Canada, les États-Unis et le Mexique avaient signé la *PTPGP*, avant que l'ancien président américain, Donald Trump, émette un décret retirant la participation des États-Unis de cet accord commercial à la fin de janvier 2017. Il n'est pas surprenant que le point de départ pour la négociation du chapitre 19 de l'*ACÉUM* fût le chapitre 14 (commerce électronique) du *PTPGP*. Cependant, le chapitre 19 de l'*ACÉUM* va plus loin que le chapitre 14 du *PTPGP* pour assurer une plus grande libéralisation des échanges en matière de commerce numérique¹².

Pour débiter, le chapitre 19 de l'*ACÉUM* applique le principe de base de la « non-discrimination » qu'on retrouve habituellement dans les ALÉ ainsi qu'à l'OMC¹³. Au paragraphe 1 de l'article 19.4, il est stipulé qu'

[a]ucune Partie n'accorde un traitement moins favorable aux produits numériques¹⁴ créés, produits, publiés, réalisés sous contrat, commandés ou rendus commercialement disponibles pour la première fois sur le territoire d'une autre Partie, ou aux produits numériques dont l'auteur, l'exécutant, le producteur, le concepteur ou le propriétaire est une personne d'une autre Partie, que celui qu'elle accorde aux autres produits numériques similaires¹⁵.

Cependant, il est important de noter que les dispositions du chapitre 19, incluant celles se trouvant à l'article 19.4 sur la non-discrimination, ne s'appliquent pas aux marchés publics¹⁶. Cela veut donc dire que les gouvernements, à tous les niveaux, peuvent adopter des mesures restrictives qui favorisent les fournisseurs de leur pays. Par exemple, ils peuvent exiger que les données générées ou utilisées dans le cadre d'un contrat soient entreposées (ou sauvegardées) sur des serveurs se trouvant sur le territoire national, ce qu'on appelle la « localisation des données ». Les dispositions du chapitre 19 ne s'appliquent pas non plus « à une subvention ou à un don accordé par une Partie, y compris un prêt, une garantie ou une assurance bénéficiant d'un soutien gouvernemental »¹⁷.

Comme pour la plupart des ALÉ, l'*ACÉUM* contient des dispositions visant à empêcher l'imposition de droits de douane sur les transactions numériques :

Aucune Partie n'impose de droits de douane, de redevances ou d'autres impositions sur ou relativement à l'importation ou à l'exportation de produits

¹² Pour une analyse des différences entre le chapitre 14 du *PTPGP* et le chapitre 19 de l'*ACÉUM* : *Ibid.*

¹³ Selon l'analyse de Burri et Polanco, seulement 35 des 78 ACP avec chapitres ou accords parallèles sur le commerce numérique contenaient des engagements sur le respect du principe de la non-discrimination : Burri et Polanco, *supra* note 3 à la p 200.

¹⁴ L'article 19.1 définit « produits numériques » comme suit : « produit numérique désigne un programme informatique, un texte, une vidéo, une image, un enregistrement audio ou un autre produit encodé numériquement, qui est produit pour la vente ou la distribution commerciale et qui peut être transmis par voie électronique ».

¹⁵ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1er juillet 2020), art 19.4, en ligne : <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/index.aspx?lang=fra> [*ACÉUM*].

¹⁶ *ACEUM*, *supra* note 15, art 19.2 « Portée et dispositions générales ».

¹⁷ *Ibid.*, art 19.4(2) « Traitement non discriminatoire des produits numériques ».

numériques transmis par voie électronique entre une personne d'une Partie et une personne d'une autre Partie¹⁸.

Il est néanmoins convenu que les parties peuvent imposer des taxes ou redevances « intérieures » à condition que cela ne se fasse pas d'une manière discriminatoire envers les entreprises des autres parties. Par exemple, il est tout à fait acceptable que le gouvernement fédéral canadien impose sa taxe sur les produits et services (TPS) aux produits et services numériques venant des États-Unis ou du Mexique, comme il le fait sur le territoire canadien¹⁹.

Les parties signataires de l'*ACÉUM* se sont également mises d'accord pour reconnaître la validité juridique des signatures électroniques, et ce, afin de faciliter le commerce numérique²⁰. De plus, au paragraphe 4 de l'article 19.6, l'accord encourage « l'utilisation de l'authentification électronique interopérable »²¹ entre les parties. Selon Burri et Polanco, ce genre de dispositions sur l'authentification électronique se retrouve dans la majorité des chapitres (ou ententes parallèles) sur le commerce numérique²². Dans le même but de faciliter les transactions numériques entre les trois pays membres de l'*ACÉUM*, ces derniers se sont engagés à « s'efforce[r] d'accepter les documents liés à l'administration du commerce soumis par voie électronique comme ayant la même valeur juridique que la version papier de ces documents »²³.

Le chapitre 19 de l'*ACÉUM* reconnaît l'importance de protéger les consommateurs contre les abus que les transactions numériques rendent possibles ou facilitent :

Les Parties reconnaissent l'importance d'adopter et de maintenir des mesures efficaces et transparentes pour protéger les consommateurs contre les activités commerciales frauduleuses ou trompeuses visées à l'article 21.4.2 (Protection des consommateurs) lorsqu'ils prennent part au commerce numérique²⁴.

Pour ce faire, l'*ACÉUM* demande aux trois pays membres d'avoir une loi et des règlements en matière de protection des consommateurs pour les activités commerciales en ligne. Les parties s'engagent également à collaborer pour protéger les consommateurs dans le cadre du commerce numérique. De plus, l'accord exige qu'elles adoptent ou maintiennent « des mesures qui prévoient la limitation des communications électroniques commerciales non sollicitées »²⁵. Ces mesures doivent inclure des obligations auprès des fournisseurs de communications électroniques

¹⁸ *Ibid*, art 19.3 « Droits de douane ».

¹⁹ Les provinces canadiennes peuvent faire la même chose avec leurs taxes de vente ou à la valeur ajoutée. D'ailleurs, la Colombie-Britannique, le Québec et la Saskatchewan imposent les ventes numériques provenant de résidents hors province.

²⁰ *ACEUM*, *supra* note 15, art 19.6 « Authentification électronique et signatures électroniques ».

²¹ *Ibid*.

²² Burri et Polanco, *supra* note 3 à la p 207.

²³ *ACEUM*, *supra* note 15, art 19.9 « Commerce sans papier ».

²⁴ *Ibid*, art 19.7(1) « Protection des consommateurs en ligne ».

²⁵ *Ibid*, art 19.13(1) « Communications électroniques commerciales non sollicitées ».

d'obtenir le consentement des destinataires et de faciliter la capacité de ces derniers d'empêcher la réception récurrente de tels messages²⁶. Enfin, l'*ACÉUM* précise que les parties doivent prévoir dans leur droit « des recours à l'encontre des fournisseurs de communications électroniques commerciales non sollicitées qui ne respectent pas les mesures adoptées ou maintenues » en application des autres paragraphes de l'article 19.13²⁷.

En plus de la protection des consommateurs, les trois pays membres de l'*ACÉUM* reconnaissent l'importance de protéger les renseignements personnels :

Les Parties reconnaissent les avantages économiques et sociaux qu'apporte la protection des renseignements personnels des usagers du commerce numérique et la contribution que cette protection entraîne en renforçant la confiance des consommateurs à l'égard du commerce numérique²⁸.

Comme pour la protection des consommateurs, le chapitre 19 exige que les parties adoptent une loi et des règlements en matière de protection des renseignements personnels. Il va cependant plus loin dans le cas des renseignements personnels en indiquant que ce cadre juridique

devrait tenir compte des principes et lignes directrices des organismes internationaux compétents, tels que le cadre de protection de la vie privée de l'APEC et la Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel (2013)²⁹.

Comme si cela n'était pas suffisant, l'accord précise que ces principes et lignes directrices incluent :

la limitation en matière de collecte, le choix, la qualité des données, la finalité de la collecte des données, la limitation de l'utilisation, les garanties de sécurité, la transparence, la participation individuelle et la responsabilité³⁰.

Contrairement à l'article sur la protection des consommateurs, celui portant sur la protection des renseignements personnels reconnaît que ces mesures de protection peuvent entraver le commerce numérique entre les pays membres, notamment en imposant des restrictions aux mouvements de données outre-frontière. Pour ce faire, l'*ACÉUM* dit que les parties

reconnaissent également l'importance [...] de faire en sorte que toute restriction des échanges transfrontières de renseignements personnels est nécessaire et demeure proportionnelle aux risques associés³¹

²⁶ *Ibid.*, art 19.13(2).

²⁷ *Ibid.*, art 19.13(4).

²⁸ *Ibid.*, art 19.8(1) « Protection des renseignements personnels ».

²⁹ *Ibid.*, art 19.8(2).

³⁰ *Ibid.*, art 19.8(3).

³¹ *Ibid.*

et s'efforcent

d'adopter des pratiques non discriminatoires pour protéger les usagers du commerce numérique contre les atteintes à la protection des renseignements personnels survenant dans les limites de sa juridiction³².

Le chapitre 19 impose donc des limites à la protection des renseignements personnels, et ce, afin d'empêcher que les parties se servent de leurs mesures de protection à des fins protectionnistes. Mais, avec l'utilisation de verbes comme « reconnaître » et « s'efforcer », ces limites ne sont pas très contraignantes pour les trois pays membres de l'ACÉUM. Selon Burri et Polanco, 82 des 184 ACP avec des dispositions pertinentes au commerce numérique ont également des dispositions à propos de la protection des renseignements et de la vie privée³³. Par contre, il y a beaucoup de variation entre les ACP en termes d'engagements « fermes » ou « flexibles » de la part des pays signataires, selon les auteurs.

Si les dispositions du chapitre 19 de l'ACÉUM concernant la protection des renseignements (ou données) personnels sont plus ou moins contraignantes pour les parties en ce qui concerne les limites que ces mesures de protection peuvent imposer au commerce numérique entre les trois pays membres, elles sont beaucoup plus fermes dans le cas des transferts transfrontières de renseignements par voie électronique³⁴. Le paragraphe 1 stipule que :

Aucune Partie n'interdit ni ne limite le transfert transfrontière de renseignements, y compris de renseignements personnels, par voie électronique si cette activité s'inscrit dans le cadre d'activités commerciales exercées par une personne visée³⁵.

Par contre, l'accord permet à une des parties d'adopter (ou de maintenir) « en vue de réaliser un objectif légitime de politique publique » une mesure qui est incompatible avec le paragraphe 1, à condition que cette mesure :

a) d'une part, ne soit pas appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce ; b) d'autre part, n'impose pas de restrictions sur les transferts de renseignements qui soient plus importantes que celles qui sont nécessaires pour atteindre cet objectif³⁶.

Donc, si un des trois pays signataires de l'ACÉUM veut restreindre les transferts transfrontières des données par voie électronique vers les deux autres parties tout en respectant les dispositions de l'article 19.11, il faut, premièrement, définir ce qu'est un objectif « légitime » de politique publique. Ensuite, il faut déterminer dans quel contexte et selon quels critères les sous-paragraphes a) et b) sont respectés. Par exemple, est-ce que l'imposition d'une exigence de consentement explicite de la part d'une personne pour que ses renseignements puissent être transférés vers un autre pays

³² *Ibid*, art 19.8(4).

³³ Burri et Polanco, *supra* note 3 à la p 215.

³⁴ *ACEUM*, *supra* note 15, art 19.11 « Transfert transfrontières de renseignements par voie électronique ».

³⁵ *Ibid*, art 19.11(1).

³⁶ *Ibid*, art 19.11(2).

membre de l'ACÉUM serait permise selon le paragraphe 2 de l'article 19.11 ? Selon Michael Geist, la réponse à cette question serait probablement négative dans le cas du Canada :

The imposition of consent requirements for cross-border data transfers could be regarded as imposing restrictions greater than required to achieve the objective of privacy protection, given that PIPEDA [Personal Information Protection and Electronic Documents Act] has long been said to provide such protections through accountability without the need for this additional consent regime³⁷.

À la fin, l'application du paragraphe 2 quant aux restrictions visant les transferts transfrontières des renseignements est donc laissée entre les mains de panels d'arbitres qui seraient nommés à l'avenir pour ce faire dans le contexte du mécanisme de règlement de différends entre les parties de l'ACÉUM. Compte tenu de l'importance grandissante de la protection des données (personnelles et commerciales) pour l'économie et la société d'un pays, il semble absurde, d'un point de vue démocratique, de laisser de telles décisions entre les mains de trois arbitres non élus. En revanche, il est possible que les parties n'entament pas de différends, et ce, afin d'éviter ce genre de décision, cruciale pour la gouvernance numérique d'un pays, par un panel d'arbitres. Cela aurait cependant pour conséquence de rendre caduc le paragraphe 1 de l'article 19.11, ce qui nuirait grandement au commerce numérique entre les trois pays membres de l'ACÉUM si la circulation transfrontière des données était entravée.

C'est possiblement pour éviter les scénarios mentionnés ci-dessus que l'article 19.12 stipule uniquement le paragraphe suivant :

Une Partie n'exige pas d'une personne visée qu'elle utilise ou situe des installations informatiques sur le territoire de cette Partie comme condition à l'exercice des activités commerciales sur ce territoire³⁸.

Donc, contrairement à l'article 19.11 sur le transfert transfrontière des renseignements, aucune exception n'est permise dans le cas de l'emplacement des installations informatiques. Ceci est d'autant plus remarquable que l'article équivalent dans le *PTPGP* contient un paragraphe d'exception pour « objectif légitime de politique publique » afin d'imposer aux entreprises des deux autres parties une exigence de localisation des données comme condition pour fournir un bien ou un service numérique sur le territoire. On peut donc raisonnablement présumer que ce sont les États-Unis qui ont obtenu le retrait de cette exception pour l'article 19.12 de l'ACÉUM. La seule exception possible ici concerne le cas spécifique où un bien ou un service numérique est fourni à un gouvernement (car le chapitre 19 de l'ACÉUM ne s'applique pas aux marchés publics) ou aux informations détenues ou traitées par une partie ou en son nom (article 19.2, paragraphe 3). Par conséquent, les gouvernements ne peuvent exiger des organisations qui collectent, détiennent ou traitent des renseignements ou

³⁷ Michael Geist, « Canadian Privacy Commissioner Signals Major Shift in Approach on Cross-Border Data Transfer » (10 avril 2019), en ligne : *Michael Geist* <www.michaelgeist.ca/2019/04/canadian-privacy-commissioner-signals-major-shift-in-approach-on-cross-border-data-transfers/>.

³⁸ *ACEUM*, *supra* note 15, art 19.12

données qu'elles localisent leurs installations informatiques sur le territoire que lorsque ces activités sont entreprises pour ou au nom d'un gouvernement, ce qui est conforme aux pratiques actuelles. Toutefois, si, par exemple, des données jugées critiques pour des raisons de sécurité nationale étaient détenues par une organisation privée, l'article 19.12 obligerait un gouvernement à autoriser la détention et le traitement de ces données sur le territoire des deux autres pays membres de l'ACÉUM. En conséquence, ces données pourraient devenir accessibles aux gouvernements de ces autres pays membres (par exemple, par le biais de la loi *USA PATRIOT [Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act]* aux États-Unis).

Le chapitre 19 vise également à encourager le commerce numérique entre les trois pays de l'ACÉUM en stipulant que :

Une Partie n'exige pas le transfert du code source d'un logiciel appartenant à une personne d'une autre Partie ou d'un algorithme exprimé dans ce code source, ni l'accès à ce code ou algorithme, comme condition à l'importation, à la distribution, à la vente ou à l'utilisation sur son territoire de ce logiciel ou de produits dans lesquels ce logiciel est incorporé³⁹.

Tous les types de code source sont couverts ici, contrairement au *PTPGP* qui s'applique uniquement aux logiciels grand public ou aux produits contenant de tels logiciels, à l'exclusion des logiciels utilisés pour les infrastructures critiques. L'ACÉUM a donc encore une fois une portée plus grande que le *PTPGP* pour favoriser le commerce numérique. Cependant, comme le note Teresa Scassa, cela soulève des préoccupations en raison de l'utilisation croissante par les gouvernements de logiciels et d'algorithmes dans les systèmes et processus clés⁴⁰. L'ACÉUM ne contient pas non plus la disposition du *PTPGP* sur l'autorisation des demandes de modification du code source par les autorités gouvernementales pour satisfaire à des lois et règlements qui sont considérés comme conformes avec l'accord commercial (pour la protection des consommateurs ou des renseignements, par exemple). À la place, il propose le paragraphe 2, qui n'existe pas dans le *PTPGP* :

Ce présent article n'empêche pas un organisme de réglementation ou l'autorité judiciaire d'une Partie d'ordonner à une personne d'une autre Partie de conserver le code source d'un logiciel ou un algorithme exprimé dans ce code source, et de donner accès à ce code ou algorithme à l'organisme de réglementation en vue d'une enquête, d'une inspection, d'un examen, d'une action coercitive ou d'une procédure judiciaire, sous réserve des protections contre la divulgation non autorisée⁴¹.

Selon Scassa, l'ACÉUM est donc une amélioration vis-à-vis du *PTPGP* en matière de transparence du code source, mais il constitue également un pas en arrière lorsqu'il s'agit de demander des modifications aux algorithmes, qui pourraient s'avérer

³⁹ *Ibid*, art 19.16(1).

⁴⁰ Teresa Scassa, « What Role for Trade Deals in an Era of Digital Transformation? » (4 octobre 2018), en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/articles/what-role-trade-deals-era-digital-transformation>.

⁴¹ *ACEUM*, *supra* note 15, art 19.16(2).

biaisés ou causer du tort à des personnes, des entreprises ou des gouvernements⁴². Par exemple, une demande de modification d'algorithme par le gouvernement fédéral canadien (ou le gouvernement d'une province) pourrait être contestée par le gouvernement américain (ou mexicain) en vertu de l'ACÉUM comme une mesure protectionniste discriminatoire à l'égard du producteur américain (ou mexicain) du logiciel ou de l'application.

Pour terminer sur les dispositions du chapitre 19 de l'ACÉUM, ce dernier innove par rapport au PTPGP et autres ACP grâce à l'article 19.17 sur les services informatiques interactifs. Selon cet article, les fournisseurs de services Internet, les plateformes de médias sociaux et les moteurs de recherche ne peuvent pas être traités comme des fournisseurs de contenu d'information à des fins de responsabilité légale :

À cette fin, sous réserve du paragraphe 4, aucune des Parties n'adopte ou ne maintient des mesures qui traitent un fournisseur ou un utilisateur d'un service informatique interactif comme un fournisseur de contenu informatif pour déterminer la responsabilité en cas de préjudices liés aux renseignements stockés, traités, transmis, distribués ou mis à disposition par le service, sauf dans la mesure où le fournisseur ou l'utilisateur a, en tout ou partie, créé ou développé ce contenu⁴³.

Cet article découle directement de la section 230 de la *Loi sur les communications de 1934* des États-Unis, adoptée dans le cadre de la *Loi sur la décence des communications* de 1996⁴⁴. Selon Israël et Tribe, cet article offre une immunité contre les conséquences juridiques pour le contenu généré par les utilisateurs⁴⁵. Cela veut donc dire que toute tentative de réguler le contenu des plateformes numériques, médias sociaux et moteurs de recherche dans le but de protéger les individus et les consommateurs, comme l'a annoncé le Patrimoine canadien à la fin juillet 2021⁴⁶, pourrait être contestée en vertu de l'article 19.17 de l'ACÉUM. Une telle situation pourrait devenir particulièrement ironique si les États-Unis finissaient par modifier ou même éliminer la « section 230 »⁴⁷.

En somme, le chapitre 19 de l'ACÉUM reconnaît que les décideurs politiques sont confrontés à une tension entre, d'une part, la génération des avantages économiques associés au commerce numérique international et, d'autre part, la fourniture d'un environnement sécuritaire pour les individus, les entreprises et les gouvernements⁴⁸. Pour

⁴² Scassa, *supra* note 40.

⁴³ ACEUM, *supra* note 15, art 19.17(2).

⁴⁴ Valerie C Brannon et Eric N Holmes, « Section 230: An Overview » (7 avril 2021), en ligne : *Congressional Research Service* <crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46751>.

⁴⁵ Tamir Israel et Laura Tribe, « Did NAFTA 2.0 sign away our digital future? » *Ottawa Citizen* (15 octobre 2018), en ligne : <ottawacitizen.com/opinion/columnists/israel-and-tribe-did-nafta-2-0-sign-away-our-digital-future>.

⁴⁶ Patrimoine canadien, communiqué, « Créer un environnement numérique sûr, inclusif et transparent » (29 juillet 2021), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2021/07/creer-un-environnement-numerique-sur-inclusif-et-transparent.html>.

⁴⁷ Brannon et Holmes, *supra* note 44 à la p 30.

⁴⁸ Patrick Leblond et Susan A Aaronson, « A plurilateral 'single data area' is the solution to Canada's data trilemma » (25 septembre 2019) CIGI Papers No 226, en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/static/documents/documents/no.226.pdf>.

ce faire, il vise à assurer que les réglementations nationales visant à protéger les consommateurs et les renseignements ne sont pas des mesures protectionnistes déguisées qui discriminent à l'encontre des fournisseurs étrangers de biens et services numériques en faveur des fournisseurs nationaux. Cependant, on peut douter de la capacité du chapitre 19 à maintenir un tel équilibre entre libre-échange et réglementation du commerce numérique⁴⁹. Pour nous aider à mieux comprendre l'atteinte de cet équilibre, il est nécessaire de comprendre l'économie politique des pays membres de l'ACÉUM pour ce qui est de la négociation de l'accord et sa mise en œuvre quant au commerce numérique. Dans la section suivante, nous focaliserons notre attention sur les États-Unis et le Canada.

II. L'économie politique du chapitre 19 de l'ACÉUM

Cette deuxième partie de l'article explique principalement l'approche américaine quant à la libéralisation du commerce numérique. Pour ce faire, elle commence par exposer le blocage dans les négociations au sein de l'OMC, avant d'examiner les solutions alternatives développées par les États-Unis afin de remédier à cette situation, notamment l'approche des ALÉ. Ensuite, l'accent est mis sur le rôle que joue le secteur privé, notamment le groupe constitué par Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft (GAFAM), dans le dessin de l'approche américaine pour libéraliser et réguler le commerce numérique international. Enfin, cette partie examine également l'approche canadienne quant à la libéralisation et la régulation du commerce international, expliquant ainsi la position du Canada au sein de l'ACÉUM.

A. Les efforts des États-Unis pour la réglementation du commerce numérique au sein de l'Organisation mondiale du commerce

Dans le cadre de l'OMC, les questions liées au commerce numérique sont régies par les dispositions de l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)*. Cette démarche se justifie par la nature intangible des produits numériques qui, à l'opposé des biens et services physiques, ne peuvent pas être encadrés par les règles du GATT⁵⁰. La question du commerce numérique a fait son entrée à l'ordre du jour de l'OMC à partir de 1998⁵¹ où, pour la première fois, les pays membres ont adopté une déclaration sur le commerce numérique⁵². Les tentatives de réglementation au sein de l'OMC ont continué

⁴⁹ Patrick Leblond, « Uploading CPTPP and USMCA provisions to the WTO's digital trade negotiations poses challenges for national data regulation : Example from Canada » dans Mira Burri, dir, *Big data and global trade law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, 301.

⁵⁰ Michael Kende et Nivedita Sen, « Cross-border e-commerce : WTO discussions and multi-stakeholder roles—stocktaking and practical ways forward » (2019) CTEI Working Papers CTEI-2019-01 à la p 15, en ligne : [Centre for Trade and Economic Integration <repository.graduateinstitute.ch/record/297080/files/CTEI-2019-01.pdf>](https://www.cteiinstitute.ch/record/297080/files/CTEI-2019-01.pdf).

⁵¹ Ismail, *supra* note 1.

⁵² Cette déclaration a appelé à l'établissement d'un « programme de travail global pour examiner toutes les questions liées au commerce électronique mondial, y compris celles identifiées par les Membres ». La déclaration affirme aussi que : « Le programme de travail fera intervenir les organes pertinents de

depuis cette première initiative, mais toujours sans accord. On pense ici à la Conférence ministérielle de Buenos Aires de 2017, ou encore à la Déclaration conjointe de Davos de 2019⁵³. Cette dernière, suite aux pressions exercées par les États-Unis⁵⁴, a réitéré l'intention des pays membres « d'entamer des négociations sur le commerce numérique à l'OMC [...] sur la base des accords et cadres existants »⁵⁵. Pour leur part, les pays membres du Groupe d'Ottawa ont aussi souligné, en juin 2020, la nécessité de relancer les négociations internationales sur le sujet du commerce numérique⁵⁶. En décembre 2020, l'Australie, le Japon et le Singapour, qui mènent les négociations d'un accord sur le commerce numérique auprès d'une pluralité de membres à l'OMC, ont annoncé l'existence d'un texte consolidé sur la base duquel les membres continuaient de négocier⁵⁷.

Ces appels et développements en matière de réglementation du commerce numérique au sein du système commercial international nous poussent à dégager deux premiers constats pour la position américaine. Premièrement, les pays membres de l'OMC prennent du retard dans la réglementation du commerce numérique. À l'image d'autres questions cruciales pour le développement du commerce international, l'OMC se trouve dans une situation de blocage entre les intérêts profondément divergents de ses pays membres⁵⁸. L'un des principaux points de divergence est celui relatif au moratoire sur les droits de douane imposés aux transactions numériques. Alors que les États-Unis soutiennent la non-imposition de droits de douane⁵⁹, d'autres pays, notamment ceux en développement, comme l'Inde et l'Afrique du Sud, refusent de participer aux négociations sur le commerce numérique, en dénonçant une hypocrisie occidentale et en condamnant les plans visant à empêcher les pays en développement d'imposer des tarifs douaniers sur le commerce numérique⁶⁰. Dans la perspective des pays en développement, les droits de douane peuvent servir les objectifs de développement de leurs industries numériques de la même manière que les pays développés ont utilisé les tarifs douaniers pour développer d'autres industries et secteurs économiques, tels que l'agriculture ou l'acier et l'aluminium⁶¹.

l'Organisation mondiale du commerce [...] [et] prendra en compte les besoins de l'économie, des finances et du développement des pays en développement et reconnaîtra que des travaux sont déjà effectués dans d'autres enceintes internationales ».

⁵³ Ismail, *supra* note 1 à la p 2.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ OMC, *Déclaration conjointe sur le commerce électronique* (25 janvier 2019), OMC Doc WT/L/1056.

⁵⁶ Le groupe d'Ottawa a pour mission d'explorer et proposer des solutions et projets pour la réforme de l'OMC. Le groupe comprend les pays suivants : le Canada, l'Australie, le Singapour, l'UE, le Brésil, le Chili, le Japon, le Kenya, la Corée du Sud, la Suisse, le Mexique, la Norvège et la Nouvelle-Zélande.

⁵⁷ *Joint Statement Initiative on E-Commerce : Co-Convenors' Update*, (14 décembre 2020), en ligne : OMC <www.wto.org/english/news_e/news20_e/ecom_14dec20_e.pdf>. Pour une analyse de ce texte consolidé, voir Patrick Leblond, « Governing cross-border data flows beyond trade agreements to support digital trade : Inspiration from international financial standards-setting bodies » dans Ingo Borchert et L Alan Winters, dir, *Addressing Impediments to Digital Trade*, CEPR Press, 2021, 169.

⁵⁸ Ismail, *supra* note 1 à la p 8.

⁵⁹ Shamel Azmeh, Christopher Foster et Jaime Echavarri, « The International Trade Regime and the Quest for Free Digital Trade » (2020) 22 *Intl Studies Rev* 671 à la p 687.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

Deuxièmement, on note l'incapacité du cadre juridique actuel de l'OMC pour cerner et maîtriser les enjeux que représente le commerce numérique, notamment en termes d'altération aux modes traditionnels du commerce⁶². Ce nouveau mode pose des défis à la fois pour les gouvernements et les entreprises quant à la gouvernance du système et la réglementation des transactions numériques. On peut penser ici à la façon dont certains services numériques pourraient être classés au sein des règles de l'OMC. Il s'agit, par exemple, des services tels que les moteurs de recherche, l'informatique en nuage ou encore les applications et les jeux en ligne. Cette classification revêt une grande importance, car elle permet de préciser les règles juridiques qui seront applicables. Une telle situation de flou et d'incertitude juridique représente des coûts supplémentaires pour les entreprises pour s'adapter à des régimes juridiques différents. Cette situation peut être même un facteur décourageant pour pénétrer de nouveaux marchés, en particulier pour les petites entreprises qui n'ont pas suffisamment de ressources pour compenser les coûts plus élevés de conformité juridique.

Dans ce contexte de blocage de négociations à l'OMC, les États-Unis, sous la pression de leur secteur privé, notamment des organisations telles que le Business Software Alliance (BSA) et le Computer and Communications Industry Association (CCIA), ont été obligés d'explorer d'autres voies et options pour promouvoir les intérêts de son industrie numérique. L'option principale retenue par les États-Unis est celle des ALÉ, notamment les accords comme l'ACÉUM. Les ALÉ permettent une certaine flexibilité grâce au nombre réduit des pays participants. De même, il devient plus facile dans le cadre des ALÉ d'harmoniser les intérêts des pays membres et leurs perspectives pour la réglementation de sujets commerciaux épineux, tels que le commerce numérique⁶³.

B. Le commerce numérique dans le cadre des accords de libre-échange signés par les États-Unis

Les États-Unis ont inclus un chapitre sur les questions du commerce numérique dans tous les accords de libre-échange qu'ils ont signé depuis 2003⁶⁴. Ces chapitres commencent généralement par reconnaître le rôle du commerce numérique en tant que moteur pour le développement économique et réitérer l'importance de supprimer toutes les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce numérique⁶⁵. Ils contiennent également des dispositions relatives à la non-discrimination, à l'interdiction d'imposition de droits de douane, à la transparence et aux sujets de coopération dans la gestion des flux transfrontaliers de données et le développement du commerce numérique⁶⁶.

Par exemple, le chapitre relatif au commerce numérique dans le *PTPGP*, dont les négociations ont été entamées par les États-Unis, est considéré comme une étape considérable dans la gestion du commerce numérique dans la zone Asie-Pacifique, mais

⁶² Ismail, *supra* note 1 à la p 8.

⁶³ Azmeh, Foster et Echavarri, *supra* note 59 à la p 687.

⁶⁴ Le premier accord signé par les États-Unis et contenant un chapitre spécial pour la réglementation du commerce numérique est celui signé en 2003 avec le Singapour.

⁶⁵ Azmeh, Foster et Echavarri, *supra* note 59 à la p 686.

⁶⁶ *Ibid.*

incluant également l'Amérique du Nord⁶⁷. L'accord est considéré aussi comme un modèle et une référence pour l'élaboration de nouvelles règles multilatérales pour la réglementation du commerce numérique. Il est le premier outil commercial à inclure un engagement contraignant sur la libre circulation des données transfrontalières, une interdiction des politiques de localisation des données, une interdiction des exigences de transfert de code source, des règles sur les demandes de clé de chiffrement et des règles sur l'authentification numérique. De plus, les pays membres du *PTPGP* se sont engagés à n'imposer aucun droit de douane sur les transactions numériques⁶⁸. La négociation et l'adhésion dans le *PTPGP* ont été le résultat des pressions exercées par les géants de l'industrie numérique américaine⁶⁹.

Toutefois, la décision de l'ancien président américain Donald Trump de retirer les États-Unis du *PTPGP* a constitué un revers majeur pour les progrès en matière de réglementation internationale du commerce numérique⁷⁰. Cette décision allait à l'encontre des efforts de mobilisation et de lobbying exercés par l'industrie numérique américaine et risquait d'ajouter aux pressions envers une fragmentation des régimes de gouvernance numérique à l'échelle mondiale, ce qui aurait pour conséquence de créer un environnement international hostile aux intérêts des entreprises numériques américaines⁷¹. Quelque temps après, le président Trump annonçait la renégociation de l'*ALÉNA*, que le *PTPGP* devait remplacer puisque les trois pays de l'Amérique du Nord en étaient membres avant le retrait des États-Unis⁷². Ces négociations ont mené à l'*ACÉUM* avec un chapitre sur le commerce numérique.

L'*ACÉUM* inclut de nombreuses clauses numériques qui sont inspirées du *PTPGP*, mais qui vont au-delà de ce dernier à certains égards (voir section I ci-dessus). Symboliquement, alors que le chapitre dans le *PTPGP* est intitulé « Commerce électronique », l'*ACÉUM* a procédé à un changement sémantique révélateur en modifiant l'intitulé du chapitre en faveur de « Commerce numérique ». Ce basculement sémantique est le reflet des attentes, perspectives et objectifs que les États-Unis assignent à cet accord en matière du commerce numérique, reflétant ainsi les développements accélérés en technologies d'information et de communications qui ont eu lieu depuis les négociations du *PTPGP*.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Robert D Atkinson, « A U.S. Grand Strategy for the Global Digital Economy » (janvier 2021) à la p 30, en ligne : *Information Technology and Innovation Foundation* <itif.org/sites/default/files/2021-us-grand-strategy-global-digital-economy.pdf>.

⁷¹ Aaronson et Leblond, « Another Digital Divide », *supra* note 5. Kieron O'Hara et Wendy Hall, « Four Internets : The Geopolitics of Digital Governance » (décembre 2018) CIGI Paper No 206, en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.206web.pdf>; « Digital Fragmentation' Poses Threat to Businesses' Global Growth and Innovation According to Accenture Report » (6 décembre 2017), en ligne : *Accenture* <newsroom.accenture.com/news/digital-fragmentation-poses-threat-to-businesses-global-growth-and-innovation-according-to-accenture-report.htm>.

⁷² Patrick Leblond et Judit Fabian, « Modernizing NAFTA : A New Deal for the North American Economy in the Twenty-first Century » (mars 2017) CIGI Paper No 123, en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.123web.pdf>.

C. L'influence du secteur privé dans le dessin de l'approche américaine du commerce numérique

Le commerce numérique ne vient pas qu'avec des occasions, il vient également avec des défis. Ces derniers vont des barrières tarifaires et non tarifaires aux pratiques d'espionnage, de vol de données commerciales et de violation des droits de la propriété intellectuelle. Les firmes américaines accusent les gouvernements de certains pays étrangers d'imposer des réglementations onéreuses en matière d'économie numérique afin de les exclure arbitrairement de leurs marchés. Ces pays adoptent des législations protectionnistes qui désavantagent les firmes américaines⁷³. Le meilleur exemple à ce sujet est celui des pratiques commerciales de la Chine⁷⁴. Cette dernière invoque des arguments liés à la souveraineté d'Internet et la cybersécurité⁷⁵. Ces pratiques posent des défis aux entreprises américaines, car elles faussent non seulement les règles de la concurrence loyale, mais représentent également un risque en termes de sécurité⁷⁶. L'économie numérique de la Chine est dominée par les entreprises nationales qui bénéficient de l'absence de concurrents internationaux, tels que Facebook, Amazon, Twitter, Dropbox, YouTube et Google, grâce au « grand pare-feu » chinois⁷⁷. La Chine poursuit une approche de protection des industries numériques, en laissant à ses firmes nationales le temps de se développer et de grandir en l'abri de toute concurrence étrangère⁷⁸. On pense ici par exemple à des firmes telles que Baidu, Alibaba et Tencent⁷⁹. Ces firmes produisent des services similaires à ceux des firmes américaines.

Dans ce contexte, le secteur privé américain, notamment les grandes compagnies numériques telles que les GAFAM, exerce une pression sur l'administration américaine pour contrecarrer les pratiques protectionnistes de la Chine et d'autres pays et regroupements régionaux⁸⁰. On peut citer le rôle joué par la Computer and Communications Industry Association (CCIA) ou encore du Business Software Alliance (BSA). Ces derniers, en tant que porte-paroles des intérêts du secteur privé, exercent une pression et influencent l'approche de l'Administration américaine en matière du commerce numérique. Cette dernière est à son tour très réceptive et proactive par rapport aux demandes de ces firmes. Il s'agit ici d'une approche américaine qui trouve ses origines dans les croyances néolibérales ancrées dans la politique commerciale américaine. Selon cette

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Aaronson et Leblond, « Another Digital Divide », *supra* note 5; Gao, « Regulation », *supra* note 5; Nigel Cory, « Why China Should Be Disqualified From Participating in WTO Negotiations on Digital Trade Rules » (mai 2019) ITIF Policy Brief, en ligne (pdf) : *Information Technology & Innovation Foundation* <itif.org/publications/2019/05/09/why-china-should-be-disqualified-participating-wto-negotiations-digital>.

⁷⁵ Atkinson, *supra* note 70 à la p 11.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Henry Gao, « Digital or Trade? The Contrasting Approaches of China and US to Digital Trade » (2018) 21:2 *J Intl Econ L* 297.

approche, le secteur privé doit être la locomotive dans toute activité de réglementation. Ainsi, un rapport produit par la Maison-Blanche en 1997 affirmait que :

Though government played a role in financing the initial development of the Internet, its expansion has been driven primarily by the private sector. For electronic commerce to flourish, the private sector must continue to lead. Innovation, expanded services, broader participation, and lower prices will arise in a market-driven arena, not in an environment that operates as a regulated industry.

Accordingly, governments should encourage industry self-regulation wherever appropriate and support the efforts of private sector organizations to develop mechanisms to facilitate the successful operation of the Internet. Even where collective agreements or standards are necessary, private entities should, where possible, take the lead in organizing them. Where government action or intergovernmental agreements are necessary, on taxation for example, private sector participation should be a formal part of the policy making process⁸¹.

Les États-Unis soutiennent que l'innovation en matière de l'industrie et du commerce numériques ne peut s'épanouir que si le secteur privé joue un rôle actif et loin de toute ingérence de l'État. L'interventionnisme est conçu comme un outil entre les mains des gouvernements autoritaires pour contrôler et limiter la liberté d'Internet, et soutenir le protectionnisme technologique⁸². Un certain nombre de rapports préparés par des entreprises et des associations technologiques ont incité le gouvernement américain à s'attaquer à ces problèmes par le biais du régime commercial international. Un article publié par Google en 2010 affirmait que « *governments should not treat Internet policy and international trade as stand-alone silos, and recognize that many Internet censorship-related actions are unfair trade barriers* »⁸³.

Pour sa part, la Business Software Alliance a publié en 2012 un rapport intitulé *Lockout : How a New Wave of Trade Protectionism Is Spreading through the World's Fastest-Growing IT Markets, and What to Do about It*⁸⁴. Ce rapport est l'un des premiers documents qui ont servi à qualifier ces règles comme étant du « protectionnisme numérique » et a suggéré que l'élimination de ces obstacles devrait devenir un point clé de l'ordre du jour dans le commerce bilatéral, multilatéral et régional des États-Unis⁸⁵.

⁸¹ President William J Clinton et Vice President Albert Gore Jr, « *A Framework For Global Electronic Commerce* » (1997), en ligne : *Clinton White House* <clintonwhitehouse4.archives.gov/WH/New/Commerce/read.html>.

⁸² Atkinson, *supra* note 70 à la p 19.

⁸³ Google, « *Enabling Trade in the Era of Information Technologies : Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information* » (2010) à la p 16, en ligne : <static.googleusercontent.com/media/www.google.com/en/us/googleblogs/pdfs/trade_free_flow_of_information.pdf>

⁸⁴ Business Software Alliance, « *Lockout : How a New Wave of Trade Protectionism Is Spreading through the World's Fastest-Growing IT Markets, and What to Do about It* » (6 juin 2012), en ligne : *Business Software Alliance* <techpost.bsa.org/2012/06/20/lockout-market-access-report/>.

⁸⁵ *Ibid.*

De sa part, le CCIA, à travers ses rapports et notamment ses soumissions aux Congrès, USITC et USTR, a fait valoir les intérêts de l'industrie numérique américaine et recommande des politiques pour faire face aux entraves imposées par d'autres pays et regroupements régionaux. On peut aussi donner l'exemple de la *Commission on the Theft of American Intellectual Property*. La commission est une institution indépendante et bipartisane dont les membres proviennent à la fois du secteur privé, du secteur public et du milieu académique. Sa mission principale est d'identifier et prospector les risques en matière de piratage de la propriété intellectuelle américaine et de proposer des recommandations et politiques aux décideurs américains.

On doit noter également que, suite aux pressions exercées par le secteur privé américain, un caucus dédié au commerce numérique a vu le jour au sein de la chambre des représentants du parlement américain en 2017. Il s'agit du *Congressional Digital Trade Caucus*. Le caucus a une composition bipartisane. Son objectif principal est d'assurer la protection du commerce numérique contre les politiques gouvernementales protectionnistes d'autres pays. Il s'agit d'un effort américain concerté entre les acteurs publics et privés pour discipliner la croissance des politiques interventionnistes numériques avec un accent particulier sur la Chine et sur la question de taxation des services numériques. Ce caucus a activement contribué au façonnement et à l'influence des négociateurs américains lors des négociations d'un certain nombre d'ACP, dont l'ACÉUM. Le caucus a insisté à ce que l'ACÉUM comprenne des dispositions plus avancées en matière du commerce numérique, notamment lorsqu'il s'agit, par exemple, de l'interdiction de la taxation, de l'interdiction des pratiques de localisation et de l'interdiction de la restriction des transactions transfrontalières et des flux de données⁸⁶. Dans la vision du caucus :

The USMCA accomplishes much of what a modern trade agreement should. We do not live in a static world, however, and should continue to look for further improvements (...) U.S. leadership produced the digital provisions in USMCA and lays the foundation for the work ahead to protect free digital commerce⁸⁷.

Il est clair que lorsqu'il s'agit des enjeux en matière du commerce international, les secteurs public et privé américains travaillent ensemble dans le cadre d'une approche concertée pour faire face aux défis posés par les politiques commerciales protectionnistes des autres pays.

D. Le Canada face aux États-Unis dans le cadre des négociations de l'ACÉUM

Du côté canadien, le commerce numérique n'était pas une priorité lors des négociations de l'ACÉUM⁸⁸. Il fallait avant tout sauver l'ALÉNA, puisque le président

⁸⁶ « United States—Mexico—Canada Trade Fact Sheet Modernizing NAFTA into a 21st Century Trade Agreement » (2018), en ligne : *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/fact-sheets/modernizing>

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Susan A Aaronson, « Information Please : A Comprehensive Approach to Digital Trade Provisions in NAFTA 2.0 » (13 novembre 2017) CIGI Papers No 154, en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/static/documents/documents/Paper%20no.154web.pdf>; Patrick

Trump avait menacé de retirer les États-Unis de cet accord si un nouvel ALÉ nord-américain n'était pas négocié. Pour le Canada (et le Mexique), la perte d'un accès privilégié au marché américain aurait eu des conséquences très néfastes pour son économie. L'accent était donc mis sur la préservation des acquis de l'ALÉNA, puisque le gouvernement américain désirait faire des entailles à l'ALÉNA afin de rendre sa prochaine mouture plus avantageuse pour l'économie américaine⁸⁹.

De plus, comme les entreprises canadiennes qui font affaire avec les États-Unis doivent souvent circuler des données entre les deux pays, il était important de s'assurer qu'il n'y ait pas d'entraves au commerce numérique et aux flux de données transfrontières⁹⁰. Le Canada ne comptait pas non plus de grandes entreprises numériques qui se voyaient menacer par les GAFAM, contrairement à des secteurs oligopoles comme les banques, l'aviation et les télécoms. Ainsi, les objectifs des entreprises canadiennes allaient dans le même sens que celles des États-Unis.

L'absence de régimes de gouvernance de l'économie numérique au Canada, aux niveaux fédéral et provincial, a également joué un rôle au moment des négociations de l'ACÉUM⁹¹. Le Canada n'avait donc pas d'intérêts défensifs en matière de commerce numérique, sauf pour ce qui est des services numériques offerts au secteur public (marchés publics) et des données détenues par ce dernier⁹², domaine qui est exclu de l'ACÉUM. C'est pourquoi le gouvernement fédéral était prêt à prendre des engagements au sein de l'ACÉUM qui pourraient éventuellement nuire à sa capacité de réglementer les activités numériques au Canada⁹³.

Enfin, les négociateurs canadiens ne se préoccupaient pas non plus du risque que les engagements pris dans le cadre de l'ACÉUM puissent éventuellement nuire au commerce numérique, notamment les flux de données, entre le Canada et l'UE. Comme les États-Unis et l'UE avaient mis en place le « *Privacy Shield* » pour gouverner la protection des données qui circulaient entre les deux juridictions⁹⁴, le Canada n'avait pas à s'inquiéter du risque que l'UE décide que le régime de protection des données au

Leblond, « The U.S. has much to gain in embracing Freeland's free-trade approach », *The Globe and Mail* (14 août 2017), en ligne : <www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/the-us-has-much-to-gain-in-embracing-freelands-free-trade-approach/article35985575/>.

⁸⁹ Patrick Leblond, « U.S. demands won't lead to the NAFTA of our nightmares », *The Globe and Mail* (18 juillet 2017), en ligne : <www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/us-demands-wont-lead-to-the-nafta-of-our-nightmares/article35719618/>.

⁹⁰ Business Council of Canada, « Data Driven : Canada's Economic Opportunity » (3 mars 2020), en ligne : *Business Council of Canada* <thebusinesscouncil.ca/report/data-driven/>; Conference Board of Canada, « NAFTA 2.0 and Canada : Upgrading a 20th Century Deal for a 21st Century World » (1er juin 2017), en ligne : *Conference Board of Canada* <www.conferenceboard.ca/e-Library/document.aspx?did=8873>; Maryscott Greenwood et Lena Trudeau, « Rules of engagement for NAFTA's digital chapter », *Options politiques* (21 novembre 2017), en ligne : <policyoptions.irpp.org/magazines/november-2017/rules-of-engagement-for-naftas-digital-chapter/>.

⁹¹ Au cours des deux dernières années, les gouvernements fédéral, ontarien et québécois ont entamé des processus pour la mise en place de régimes réglementaires encadrant l'économie numérique.

⁹² Des exigences en matière de localisation des données en sol canadien existaient déjà dans la législation fédérale et celles de quelques provinces, notamment la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse.

⁹³ Leblond, « WTO », *supra* note 11.

⁹⁴ Rachel F Fefer et Kristin Archick, « U.S.-EU Privacy Shield », *In Focus* (28 juin 2021), en ligne : *Congressional Research Service* <crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11613>.

Canada ne serait plus adéquat et, en conséquence, bloquerait l'envoi de données personnelles européennes vers le Canada. Si la décision de la Cour de justice de l'UE annulant la validité du *Privacy Shield* avait eu lieu avant la fin des négociations de l'*ACÉUM*, il est possible que la position du Canada quant au chapitre sur le commerce numérique de l'*ACÉUM* ait été moins conciliante envers les demandes des États-Unis. Cependant, il demeure que la priorité pour le Canada est de maintenir ou d'améliorer son accès au marché américain avant tout, et ce, même si le gouvernement canadien poursuit un objectif de diversification du commerce international canadien.

En guise de conclusion, on peut affirmer que le commerce numérique continuera d'évoluer dans les années et décennies à venir pour représenter une partie plus importante du commerce international. Il continuera également de bénéficier des évolutions rapides en matière des technologies d'information et de communication. Mais cette évolution n'aura pas que des effets positifs. Elle pose déjà des défis et des implications majeurs pour la gouvernance du régime commercial international. L'innovation et le changement numériques exigent une révision continue des règles commerciales existantes et l'adoption d'autres nouvelles.

À l'opposé du commerce international traditionnel, le commerce numérique souffre d'une fragmentation dans les règles et législations applicables. Il souffre également du blocage des négociations au sein de l'OMC et de l'incapacité du cadre juridique dépassé de cette dernière à assurer une gouvernance efficace dans le domaine. Une telle situation risque de devenir un obstacle devant les firmes pour se développer et accéder à d'autres marchés. C'est ainsi qu'un certain nombre de gouvernements, notamment ceux des pays développés tels que les États-Unis, ont commencé à explorer des options alternatives pour la réglementation internationale du commerce numérique afin d'assurer la protection des intérêts de leurs firmes. Comme on l'a vu, l'adoption des ALÉ tels que le *PTPGP* et l'*ACÉUM* reste la voie préférée par un certain nombre de pays pour faire face au blocage dans le système multilatéral. Cette voie permet d'assurer une gouvernance qui répond aux besoins et aux intérêts des firmes américaines, notamment pour lutter contre le protectionnisme déguisé et contrecarrer les pratiques commerciales déloyales de la part de certains pays, tels que la Chine. L'*ACÉUM* et le *PTPGP* sont actuellement les cadres commerciaux internationaux les plus avancés pour la réglementation du commerce numérique. L'*ACÉUM* insiste sur la non-discrimination, la non-imposition de droits de douane aux transactions numériques, la protection des consommateurs et la validité juridique des signatures électroniques. Dans la vision des décideurs américains, l'*ACÉUM* représente un modèle pour l'élaboration de règles multilatérales à l'échelle mondiale dans le domaine du commerce numérique.

Toutefois, nous ne pouvons nous empêcher de soutenir que les ALÉ en eux-mêmes ne peuvent être une solution durable pour la gouvernance du commerce

numérique au niveau international. La propagation de ces derniers risque d'entraîner une fragmentation du système commercial international en poussant à la polarisation des acteurs et à l'émergence de systèmes et de sous-systèmes opposés. Une telle situation rendra encore plus difficiles l'harmonisation et la coordination des principes et des objectifs visant l'instauration d'un régime cohérent du commerce numérique international.

LES NOUVELLES OBLIGATIONS DU CANADA EN MATIÈRE DE PRODUITS LAITIERS

Geneviève Dufour et Michelle Hurdle***

Lors de la renégociation de l'*ALENA*, le secteur laitier canadien a été au cœur des exigences américaines. L'administration Trump a mis énormément de pression pour garantir un meilleur accès au marché canadien pour les agriculteurs américains. Face à cette pression, le Canada a cédé sur plusieurs points, fragilisant encore plus son système de gestion de l'offre. En effet, l'*ACÉUM* prévoit quatre nouvelles obligations essentiellement à la charge du Canada en matière de produits laitiers. Il accorde de nouvelles parts de marchés aux producteurs de lait américains (I), abolit les classes de lait 6 et 7 (II), plafonne quantitativement les exportations canadiennes de certains produits à travers le monde (III) et impose des obligations considérables en matière de transparence (IV). Cet article propose une analyse de ces nouvelles obligations ainsi que des répercussions associées pour les producteurs et transformateurs laitiers canadiens.

During the renegotiation of *NAFTA*, the Canadian dairy sector was at the heart of the American demands. The Trump administration put a lot of pressure on Canada to guarantee better access to the Canadian market for American farmers. Faced with this pressure, Canada gave in on several points, further weakening its supply management system. In fact, the *CUSMA* provides for four new obligations essentially incumbent on Canada with respect to dairy products. It grants new market shares to U.S. milk producers (I), abolishes milk classes 6 and 7 (II), places a quantitative cap on Canadian exports of certain products around the world (III) and imposes considerable transparency obligations (IV). This article provides an analysis of these new obligations and their implications for Canadian dairy producers and processors.

Durante la renegociación del *TLCAN*, el sector lácteo canadiense estuvo en el centro de las exigencias estadounidenses. La administración de Trump presionó mucho a Canadá para que garantizara un mejor acceso al mercado canadiense para los ganaderos estadounidenses. Ante esta presión, Canadá cedió en varios puntos, debilitando aún más su sistema de gestión de la oferta. De hecho, el *T-MEC* establece cuatro nuevas obligaciones que incumben esencialmente a Canadá con respecto a los productos lácteos. Concede nuevas cuotas de mercado a los productores de leche estadounidenses (I), suprime las clases de leche 6 y 7 (II), impone un tope cuantitativo a las exportaciones canadienses de determinados productos en todo el mundo (III) y establece considerables obligaciones de transparencia (IV). Este artículo propone un análisis de estas nuevas obligaciones y sus implicaciones para los productores y transformadores lácteos canadienses.

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Cet article constitue une adaptation en français d'un texte plus court publié dans l'ouvrage *NAFTA 2.0 : From the North American Free Trade Agreement to the United States-Mexico-Canada Agreement*, publié par Palgrave en 2020.

** Titulaire d'une maîtrise en droit international et politique internationale appliqués, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et Candidate à la maîtrise recherche en droit, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Membre du laboratoire de recherche HUMANiT.

L'industrie laitière se classe au deuxième rang du secteur agricole canadien, derrière le secteur de la viande rouge. En 2018, le secteur laitier a représenté des retombées économiques de 6,64 milliards pour l'économie canadienne et a généré plus de 42 000 emplois directs, seulement pour la production et la transformation laitière¹. Plus particulièrement au Québec, l'industrie laitière représente le premier secteur agricole en importance dans la province ainsi qu'un rouage important de l'économie dans l'ensemble des régions québécoises. À l'échelle canadienne, 36 % des recettes découlant de la production laitière proviennent du Québec, faisant de cette province la principale productrice de lait au Canada².

Un système de gestion de l'offre régit l'industrie laitière canadienne depuis le début des années 1970. Selon les tenants d'un tel système, il offre aux producteurs canadiens une stabilité en assurant un équilibre entre l'offre et la demande de leurs produits au pays. Il permet ainsi d'assurer un prix stable, autant pour les producteurs laitiers que pour les consommateurs³. Ce système de gestion de l'offre est souvent assimilé à un système de subvention de la part du gouvernement qui agit à trois niveaux : il contrôle la production de produits laitiers, il établit des prix minimums de vente et il contrôle les importations. Ainsi, des quotas sont fixés annuellement pour chaque producteur, évitant la production de surplus de lait, qui autrement devraient être écoulés à perte sur le marché⁴. Les agriculteurs sous gestion de l'offre produisent donc les volumes nécessaires pour répondre aux besoins des consommateurs du marché intérieur canadien⁵. Ce système s'appuie sur un contrôle des importations de produits laitiers. Pour cette raison, le Canada impose des pics tarifaires importants à l'égard des produits laitiers importés⁶.

Les accords de libre-échange conclus dans les dernières années, comme l'*Accord économique et commercial global*⁷ (AECG) entre le Canada et l'Union européenne ou le *Partenariat transpacifique global et progressif*⁸ (PTPGP), sont venus

¹ Centre canadien d'information laitière, « Aperçu de l'industrie laitière », *Gouvernement du Canada*, en ligne : <<https://dairyinfo.gc.ca/fra/a-propos-du-centre-canadien-d-information-laitiere/aperçu-de-l-industrie-laitiere/?id=1502465180911>>.

² Les Producteurs de lait du Québec, « Profil et impact de la production laitière », en ligne : *Les Producteurs de lait du Québec* <<https://lait.org/leconomie-du-lait/profil-et-impact-de-la-production-laitiere/>>.

³ Khamla Heminthavong, « Mécanisme de la gestion de l'offre au Canada » (Étude générale), Ottawa, *Bibliothèque du Parlement*, 2018 à la p 2, en ligne (pdf) : *Bibliothèque du Parlement* <<https://bdp.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2018-42-f.pdf>>.

⁴ *Ibid* aux pp 3-5.

⁵ Les Producteurs de lait du Québec, « Gestion de l'offre et ententes commerciales » à la p 1, en ligne : *Les Producteurs de lait du Québec* <http://lait.org/wp-content/uploads/2018/12/GESTION_OFFRE_FINAL.pdf>.

⁶ Certains produits laitiers atteignent des pics tarifaires de l'ordre de 300 %; Voir Agence des services frontaliers du Canada « Chapitre 4 — T2020-2 », en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.cbsa-asfc.gc.ca/trade-commerce/tariff-tarif/2020/html/02/ch04-fra.html>> [*Tarif des douanes*].

⁷ *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, 30 octobre 2016, 2017 (entrée en vigueur : 21 septembre 2017) [AECG].

⁸ *Partenariat transpacifique global et progressif*, 8 mars 2018, 2018 RTNU 56101 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018) [PTPGP].

ouvrir une brèche importante dans le système de gestion de l'offre dans la mesure où le Canada a consenti à octroyer des contingents tarifaires à ses partenaires, c'est-à-dire à laisser entrer une certaine quantité de produits laitiers en franchise de droit de douane, autrement dit, sans que les tarifs douaniers imposants ne soient perçus.

De façon croissante depuis la fin des années 1990, le système de gestion de l'offre canadien fait l'objet de critiques de la part de ses partenaires commerciaux⁹. Ses détracteurs considèrent le système comme équivalent à un système de subventions, soutenant tant la production interne que les exportations.

Évidemment, le président américain Donald Trump a fait du système de gestion de l'offre canadien un exemple pour convaincre les Américains que le jeu du commerce entre les deux pays s'avérait injuste¹⁰. Les tarifs de 300 % qu'impose le Canada sur certains produits laitiers ont permis au président de frapper l'imaginaire des Américains. Le 18 avril 2017, pendant une visite dans l'État du Wisconsin, le président s'est attaqué à l'*ALÉNA*¹¹, en prenant pour cible la réglementation canadienne sur les produits laitiers :

*We are going to stand up for our dairy farmers in Wisconsin [...] and that demands really immediately fair trade with all of our trading partners, and that includes Canada, because in Canada some very unfair things have happened to our dairy farmers [...] It's another typical one-sided deal against the United States [...] The fact is NAFTA has been a disaster for the United States, a complete and total disaster [...] NAFTA has been very very bad for our country, it's been very very bad for our companies and for our workers and we are going to make some very big changes or we are going to get rid of NAFTA for once and for all*¹².

Pour Donald Trump, la réglementation canadienne sur les produits laitiers, particulièrement le système de gestion de l'offre et les classes de lait 6 et 7, était

⁹ Voir à cet effet deux règlements des différends concernant le Canada et les mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers. *Canada — mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers (Plaintes des États-Unis)* (2003), OMC Doc WT/DS103/33 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/DS/103-33.pdf&Open=True>>; *Canada — mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers (Plainte de la Nouvelle-Zélande)* (2003), OMC Doc WT/DS113/33 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/DS/113-33.pdf&Open=True>>. Depuis la Conférence ministérielle de Doha en 2001, l'agriculture est l'un des objets de discussion central à l'OMC. Les Membres de l'OMC mènent depuis des négociations afin de réformer le commerce des produits agricoles dans l'objectif de réduire le soutien et la protection de l'agriculture, dans le cadre de l'*Accord sur l'agriculture* de 1995 dont la mise en œuvre est supervisée par le Comité de l'agriculture. À cet effet, la politique canadienne en matière de produits laitiers est régulièrement questionnée et examinée par les Membres de l'OMC lors des réunions de ce Comité; Nouvelles de l'OMC, « Archives sur l'agriculture », en ligne : <https://www.wto.org/french/news_f/archive_f/ag_arc_f.htm>.

¹⁰ Richard Ouellet et Maxence Messier, « Renegotiating NAFTA Under a Trump Presidency : Tweak, Tear or Think Again? A legal Perspective from Québec » (2017) 64 *Quebec Studies* 123 à la p 130.

¹¹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

¹² *ABC News*, « President Donald Trump full speech from Kenosha, Wisconsin Snap-on Tools headquarters » (18 avril 2017), en ligne (vidéo) : <<https://www.youtube.com/watch?v=vDaid4Hh1gA>> à 00h:12m:30s [« President Donald Trump full speech from Kenosha »].

responsable de la perte d'emploi et de revenus dans l'industrie laitière américaine. L'*ALÉNA* devait donc être négocié avec l'objectif de démanteler le système de gestion de l'offre canadien¹³. Le secteur laitier canadien a donc été au cœur des exigences américaines dans les renégociations de l'accord¹⁴. En effet, le gouvernement canadien a subi de grandes pressions de la part de l'administration Trump afin que soit facilité l'accès au marché canadien pour les agriculteurs américains¹⁵.

Face à cette pression, le Canada a cédé sur plusieurs points. Alors que le Canada avait largement réussi à exempter son industrie laitière des obligations générales prévues aux termes de l'*ALÉNA*, l'*ACÉUM*¹⁶ prévoit de nouvelles dispositions touchant au commerce des produits laitiers entre le Canada et les États-Unis. On note à ce titre une première particularité dans la mesure où les dispositions sur le lait ne s'appliquent que dans la relation entre le Canada et les États-Unis, et excluent le Mexique de son application. Ces dernières ont soulevé de nombreuses critiques de la part des producteurs de lait canadiens qui ont eu l'impression d'avoir été sacrifiés¹⁷ au bénéfice de l'ensemble de l'économie canadienne, entre autres du secteur de l'automobile ontarien¹⁸.

Plus précisément, l'article 3.A.3 de l'*ACÉUM* prévoit quatre nouvelles obligations essentiellement à la charge du Canada en matière de produits laitiers. Il accorde de nouvelles parts de marchés aux producteurs de lait américains (I), abolit les classes de lait 6 et 7 (II), plafonne quantitativement les exportations canadiennes de certains produits à travers le monde (III) et impose des obligations considérables en matière de transparence (IV). Cet article propose une analyse de ces nouvelles obligations ainsi que des répercussions associées pour les producteurs et transformateurs laitiers canadiens.

I. Nouvelles parts de marché

L'*ACÉUM* octroie une franchise de droit de douane à une certaine quantité de produits laitiers américains entrant au Canada. En tout, quatorze catégories de

¹³ Stéphane Paquin, « Négocié avec Trump : l'*ALÉNA* 2.0 » dans Bertrand Badie et Dominique Vidal, dir, *Fin du leadership américain ?*, France, La Découverte, 2019, 207 à la p 211 [Paquin].

¹⁴ Office of the United States Trade Representative, « Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation » (17 juillet 2017) aux pp 4, 6, 7, en ligne (pdf) : *Office of the United States Trade Representative*, <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAOjectives.pdf>>.

¹⁵ Éric Desrosiers, « Les négociations de l'*ALÉNA* en pause », (1 septembre 2018), en ligne : *Le Devoir* <<https://www.ledevoir.com/economie/535833/alena>>.

¹⁶ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 18 décembre 2018, RT Can 2020 n° 7 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*ACÉUM*].

¹⁷ « "Il ne pouvait pas y avoir pire entente pour les producteurs laitiers" du Québec, dit leur président » (1^{er} octobre 2018), en ligne : *Radio-Canada* <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1127171/accord-lait-colere-producteurs-quebec-canada>>.

¹⁸ Exportation et développement Canada, « L'*AEUMC*, gage de stabilité pour le secteur canadien de l'automobile » (24 octobre 2018), en ligne : *Exportation et développement Canada* <<https://www.edc.ca/fr/article/usmca-stability-for-auto-sector.html>>; « L'automobile soulagée après le nouvel accord de libre-échange nord-américain » (2 octobre 2018), en ligne : *Les Affaires* <<https://www.lesaffaires.com/bourse/nouvelles-economiques/l-automobile-soulagee-apres-le-nouvel-accord-de-libre-echange-nord-americain/605375>>.

produits laitiers¹⁹ sont touchées par les nouvelles dispositions, totalisant une ouverture de marché de 3,9 % d'ici 2024²⁰. En effet, l'*ACÉUM* prévoit une augmentation annuelle considérable des quantités susceptibles d'être importées en franchise de droit de douane, surtout durant les six premières années. Ainsi, à la sixième année, le Canada aura augmenté ses contingents d'importation de 500 %²¹, puis devra en sus accorder une hausse progressive de 1 % jusqu'à la 19^e année²². Il s'agit là d'une concession considérable. Pour les producteurs laitiers américains, cette concession représente un gain d'environ 70 millions de dollars, soit une augmentation estimée de 10 %²³.

Certes, il était prévisible que le Canada offre à son principal partenaire commercial des concessions dans le secteur laitier. En effet, il devait au moins égaler les concessions faites lors de la conclusion de récents accords de libre-échange, comme l'*AECG* et le *PTPGP*. Or, cet accès au marché canadien représente un pourcentage bien supérieur à celui établi dans l'*AECG* (1,4 % d'accès) et dans le *PTPGP* (3,1 % d'accès)²⁴. Surtout, on perçoit davantage la menace que pose l'ouverture du marché canadien aux produits laitiers d'un partenaire à proximité, dans la mesure où dans ce cas-ci, la distance ne peut concourir à limiter l'importation de produits frais, comme c'est le cas avec les pays du *PTPGP* et de l'*AECG*.

Selon les Producteurs de lait du Québec, avec la conclusion des trois récents accords de libre-échange, le Canada a consenti à ouvrir l'équivalent de 8,4 % de sa production et de sa transformation, représentant une perte de revenu de plus de quatre cent cinquante millions de dollars pour les producteurs canadiens, soit quarante-et-un-mille dollars par ferme²⁵. Ce sont donc près de huit cents millions de litres de lait qui ne seront plus produits par les agriculteurs canadiens, représentant la production annuelle de mille deux cents fermes laitières moyennes du Québec²⁶. Une fois l'*AECG*, le *PTPGP* ainsi que l'*ACÉUM* pleinement mis en œuvre, le Canada importera environ 18 % de sa production de lait, soit une perte de 1,3 milliard de dollars par année en ventes, et ce, pour les producteurs seulement²⁷.

¹⁹ Plus précisément on parle ici de lait, crème, lait écrémé en poudre, beurre, fromage de fabrique, fromage de tous types, lait en poudre, lait concentré, yogourt et babeurre, babeurre en poudre, lactosérum en poudre, produits formés de composants naturels du lait, crème glacée et enfin la catégorie autres produits laitiers.

²⁰ Les Producteurs de lait du Québec, « Gestion de l'offre et ententes commerciales », *supra* note 5.

²¹ *ACÉUM*, *supra* note 16, Chapitre 2, Appendice II (liste tarifaire du Canada), Section B (les contingents tarifaires), arts 5 à 18. Ces articles prévoient l'ensemble des quantités totales à être importées en franchise de droit de douane pour chacune des 14 catégories de produits laitiers pour les dix-neuf années suivant l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*.

²² *Ibid.* À noter que pour la poudre de lactosérum, la situation diffère des autres catégories, puisque l'*ACÉUM* prévoit que les contingents tarifaires seront éliminés après la dixième année; *ACÉUM*, *supra* note 16, Chapitre 2, Appendice II (liste tarifaire du Canada), Section B (les contingents tarifaires), art 15(a).

²³ Livingston, « L'*ACÉUM* et le secteur laitier », en ligne : *Livingston* <<https://view.livingstonintl.com/laceum-secteur-laitier/p/1>>.

²⁴ Les Producteurs de lait du Québec, « Gestion de l'offre et ententes commerciales », *supra* note 5.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

Le Canada a donc consenti à un certain assouplissement du contrôle des importations dans l'ACÉUM, l'un des trois piliers du système national de la gestion de l'offre²⁸. Malgré tout, les négociateurs canadiens ont réussi à préserver le système de gestion de l'offre, ce qui constituait une priorité pour le gouvernement du Canada dans les négociations²⁹. Il n'en demeure pas moins que cette ouverture de 3,59 % du marché laitier canadien aux produits américains crée une brèche dans le système de gestion de l'offre au Canada. Les producteurs canadiens devront donc s'adapter à une entrée beaucoup plus importante qu'auparavant de produits américains, leur faisant craindre un déséquilibre entre l'offre et la demande ainsi qu'une accumulation de surplus.

Pour contrebalancer cette entrée de produits laitiers américains, le Canada a négocié un accès réciproque au marché américain des produits laitiers³⁰. Toutefois, les avantages de cet accès pour le Canada risquent d'être modestes pour trois raisons. Premièrement, en raison des fortes subventions du gouvernement américain aux producteurs laitiers, le marché laitier américain est plus difficilement accessible pour les produits canadiens. Selon un rapport publié en 2015 par Grey, Clark, Shih and Associates Limited, le gouvernement américain a versé environ 22,2 milliards de dollars en subventions directes et indirectes au secteur laitier américain³¹. En outre, en décembre 2018, le président Donald Trump a signé un nouveau projet de loi sur l'agriculture³². Cette nouvelle politique agricole américaine (*Farm Bill*) hausse notamment le plafond de l'assurance sur le troupeau laitier et renforce les protections contre les prix bas ainsi qu'une série d'autres mesures soulignant les fortes subventions accordées à l'industrie laitière américaine³³. Pour le président américain, offrir une aide gouvernementale aux producteurs laitiers s'inscrit dans une stratégie de séduction des électeurs des États producteurs de produits laitiers, nombreux dans le Midwest des États-Unis. Or, puisqu'il est lourdement subventionné par le gouvernement, le secteur laitier américain est dans une situation chronique de surproduction³⁴. Il est donc plus

²⁸ Heminthavong, *supra* note 3 à la p 2.

²⁹ Affaires mondiales Canada, « Discours de la ministre des Affaires étrangères sur la modernisation de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) » (14 août 2017), en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2017/08/discours_de_la_ministredesaffaires_etrangeressurlamodernisationde.html>.

³⁰ ACÉUM, *supra* note 16, Chapitre 2, Appendice II (liste tarifaire des États-Unis), Section B (contingents tarifaires par pays), arts 6 à 13. Ces articles prévoient les quantités totales, en tonnes métriques, pour chacune des 14 catégories de produits laitiers originaires du Canada pouvant être importées en franchise de droit de douane pour les dix-neuf années suivant l'entrée en vigueur de l'ACÉUM. L'accord prévoit que les contingents tarifaires seront graduellement mis en œuvre sur cinq ans au moyen de six augmentations égales, puis, après la sixième année, la quantité augmente à un taux de croissance annuel fixe de 1 % pendant les treize années suivantes. Voir également « United States-Mexico-Canada Trade Act Sheet Agriculture : Market Access and Dairy Outcome of the USMC Agreement », en ligne : *Office of the United States Trade Representative* <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/fact-sheets/market-access-and-dairy-outcomes>>.

³¹ Grey, Clark, Shih and Associates, Limited, « Congress Thumbs its nose at WTO and the Doha Round : U.S. Federal and State Subsidies to Agriculture » (2018) à la p 7, en ligne (pdf) : *Grey Clark* <<http://www.greyclark.com/wp-content/uploads/2018/02/US-Subsidies-Post-2014-Farm-Bill-FEB-2018.pdf>>.

³² US, HR 2, *Agriculture Improvement Act of 2018*, 115th Cong, 2018.

³³ US Department of Agriculture, « Farm Bill », en ligne : *United States Department of Agriculture* <<https://www.usda.gov/farmbill>>.

³⁴ Paquin, *supra* note 13 à la p 211.

difficile pour les producteurs canadiens de faire concurrence aux produits laitiers américains sur le marché américain, leur prix étant généralement plus bas³⁵. Deuxièmement, l'*ACÉUM* interdit les exportations de produits agricoles subventionnés³⁶. Or, les produits sous gestion de l'offre sont réputés être subventionnés³⁷. Troisièmement, l'ordonnance sur le lait pasteurisé (*PMO*) de la Food and Drug Administration aux États-Unis prévoit les normes de base pour l'hygiène du lait et les conditions nécessaires pour satisfaire au statut de lait et produits laitiers de « Grade A ». Or, les États-Unis n'ont pas encore conclu d'entente d'équivalence avec le Canada. Il est donc extrêmement complexe pour les producteurs canadiens d'exporter des produits laitiers, puisque sans une certification, les produits laitiers ne peuvent être importés aux États-Unis, à l'exception du fromage, de la crème glacée et du beurre qui n'exigent pas le statut de « Grade A »³⁸. Par conséquent, les possibilités d'exportations de produits laitiers canadiens aux États-Unis sont plus limitées et compliquées.

Indubitablement, ces nouvelles parts américaines sur le marché des produits laitiers canadiens constituent l'une des conséquences les plus controversées de l'*ACÉUM*. Les parts de marchés consenties par l'*ACÉUM* aux producteurs américains ont donc soulevé un mécontentement généralisé au pays et dans la province.

II. Abolition des classes de lait 6 et 7

Suivant l'*ACÉUM*, au plus tard six mois après l'entrée en vigueur de l'accord, le Canada doit faire en sorte que les classes de lait 6 et 7, y compris les prix qui leur sont associés, soient éliminées³⁹. En outre, à l'intérieur de ce même délai, le Canada doit s'assurer que les produits et ingrédients visés par ces deux classes de lait soient reclassés, et que leurs prix afférant soient établis de manière appropriée selon leur utilisation finale⁴⁰. Le Canada ne peut donc pas simplement créer une nouvelle classe reflétant les prix et l'utilisation actuels de la classe 7, mais devra plutôt créer des sous-classes pour les produits et ingrédients laitiers visés par ces deux classes de lait. Essentiellement, l'*ACÉUM* prévoit que le prix des solides non gras (SNG)⁴¹ sera basé

³⁵ Al Mussell et Douglas Hedley, « Le secteur laitier canadien, l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* et l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* » (2019) *Agri-Food Economic Systems* à la p 2, en ligne (pdf) : *Agri-Food Economic Systems* <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/AGFO/Briefs/Agri-FoodEconomicSystems_Brief_f.pdf>.

³⁶ *ACÉUM*, *supra* note 16, art 3.4. Ce sera aussi pour le Canada en vertu des règles de l'OMC, dès 2021 à la suite de la mise en application complète de la Décision adoptée lors de la Conférence ministérielle de Nairobi. OMC, Conférence ministérielle, *Concurrence à l'exportation*, (Décision du 19 décembre 2015), OMC DocWT/MIN (15)/45 [Concurrence à l'exportation].

³⁷ Mussell et Hedley, *supra* note 35 à la p 6.

³⁸ Agence canadienne d'inspection des aliments, « États-Unis — Exigences d'exportation pour le lait et les produits laitiers », en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.inspection.gc.ca/exportation-d-aliments-de-plantes-ou-d-animaux/exportations-d-aliments/exigences/etats-unis-d-amerique-lait-et-produits-laitiers/fra/1519396364559/1519396365078>>.

³⁹ *ACÉUM*, *supra* note 16, art 3.A.3(3).

⁴⁰ *Ibid*, art 3.A.3(4).

⁴¹ Plus précisément, on parle ici de concentrés de protéines de lait (HS040490), de la poudre de lait écrémé (HS040210) et des préparations pour nourrissons, ou lait infantile (HS190110).

sur le prix américain de la poudre de lait écrémé moins la marge de transformation canadienne, multiplié par le facteur de rendement au Canada⁴². Autrement dit, le prix américain devient le prix de référence officiel. Les transformateurs laitiers canadiens ne pourront donc plus acheter de SNG des producteurs canadiens moins cher que le prix américain. À noter qu'avant l'ACÉUM, les prix des SNG étaient la plupart du temps basés sur le prix américain. Cette disposition n'apparaît donc pas des plus problématiques.

Toutefois, depuis leur création en 2017, les classes de lait 6 et 7⁴³ permettaient aux producteurs canadiens de diminuer le prix des SNG au pays afin de faire face à la forte concurrence des produits similaires américains, incitant ainsi les transformateurs laitiers à choisir des produits canadiens⁴⁴. La mise en place de ces deux classes de lait a donc créé une nouvelle classe de prix pour certains ingrédients et produits laitiers, offrant ainsi aux transformateurs laitiers une option concurrentielle. Leur création visait à répondre à des erreurs de classement tarifaire qui permettaient aux pays importateurs, principalement aux États-Unis, de contourner les limites d'importation canadienne⁴⁵.

En effet, comme précédemment expliqué, l'un des piliers essentiels du système de gestion de l'offre est le contrôle des importations de produits laitiers. À cette fin, le Canada impose des tarifs douaniers importants sur les produits laitiers importés, dont certains atteignent des pics tarifaires de l'ordre de 300 %⁴⁶. De cette façon, les produits étrangers ne peuvent compétitionner avec les produits canadiens dont les prix sont fixés par l'État. Or, de manière incongrue, certains SNG ne sont pas considérés comme des produits laitiers par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), mais plutôt comme des ingrédients⁴⁷. Par conséquent, depuis la fin des années 1990, des SNG, principalement des concentrés de protéines de lait (CPL) comme les isolats de protéines laitières (IPL) et, depuis 2013, le lait diafiltré entraînent au Canada en franchise de droit de douane⁴⁸. Ces deux CPL sont utilisés par les

⁴² ACÉUM, *supra* note 16, art 3.A.3(5).

⁴³ La classe 6 a d'abord été établie en Ontario, puis la classe 7 a étendu la classe 6 à l'échelle nationale en février 2017 suite à un accord national entre producteurs et transformateurs laitiers canadiens. Dairy Farmers of Ontario, « Dairy Farmers of Ontario to Implement on April 1, 2016 Ontario's Milk Ingredient Class in Regulation 753 », en ligne (pdf) : *Dairy Farmers of Ontario* <https://www.milk.org/Corporate/PDF/News-IngredientStrategy_20160216.pdf>; Mussell et Hedley, *supra* note 35.

⁴⁴ Mussell et Hedley, *ibid*.

⁴⁵ Les Producteurs de lait du Québec, « Importations d'ingrédients laitiers nos fermes laitières menacées » (avril 2016) à la p 1, en ligne (pdf) : *Les Producteurs de lait du Québec* <https://lait.org/wp-content/uploads/2016/04/Fiche_Importation.pdf> [Producteurs de lait du Québec, « Importations d'ingrédients laitiers »].

⁴⁶ *Tarif des douanes*, *supra* note 6.

⁴⁷ Pierre Lampron, « Qu'est-ce que le lait diafiltré ? » (4 mai 2016), en ligne : *Les Producteurs laitiers du Canada* <<https://producteurslaitiersducanada.ca/fr/lait-au-canada/le-lait-fait-les-manchettes/quest-ce-que-le-lait-diafiltré>>.

⁴⁸ L'isolat de protéines laitières (IPL) et le lait diafiltré sont des concentrés de protéines laitières obtenus par l'ultrafiltration du lait écrémé afin de conserver seulement la protéine et l'eau, retirant le lactose ainsi que les minéraux. L'IPL est ingrédient laitier sec contenant 85 % de protéines laitières et plus. Il doit donc être réhydraté avant d'être utilisé dans la fabrication d'autres produits laitiers. Le lait diafiltré est quant à lui un concentré de protéine liquide contenant 15 % de protéines laitières. Le lait diafiltré est

transformateurs laitiers en remplacement de la protéine de lait frais canadien dans la fabrication de certains produits laitiers, notamment les fromages, yogourt et crème glacée⁴⁹. Ces erreurs de classement tarifaire par l'ASFC ont donc créé une brèche dans le système canadien de gestion de l'offre⁵⁰.

Afin de remédier aux effets de l'erreur de classement tarifaire de l'isolat de protéines laitières, le gouvernement du Canada a introduit en 2008 des normes de composition des fromages. Ces dernières imposent un pourcentage minimum de protéines de lait frais (caséines) dans la fabrication de fromage, limitant ainsi l'addition de concentrés de protéines de lait, comme les IPL⁵¹. Or, en 2013, l'arrivée du lait diafiltré sur le marché canadien et sa classification différente par l'ASFC et l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA) ont rendu caduques ces normes de composition et ont soulevé les critiques et l'indignation des producteurs laitiers canadiens⁵². En effet, alors que l'ASFC considère le lait diafiltré comme un ingrédient, l'ACIA le considère à l'inverse comme du lait frais. Dès lors, en tant qu'ingrédient, le lait diafiltré, importé majoritairement des États-Unis, échappe aux tarifs douaniers lors de son importation au Canada, mais en tant que lait frais, le lait diafiltré contourne les normes canadiennes de composition du fromage concernant le pourcentage permis de concentrés de protéines de lait⁵³.

Par conséquent, le lait diafiltré américain entre en compétition directe avec les SNG canadiens, mais également avec le lait frais du Canada. En effet, les transformateurs laitiers utilisent le lait diafiltré pour atteindre le minimum requis de lait frais dans la fabrication d'un fromage, plutôt que l'utiliser dans le pourcentage permis d'ingrédients laitiers, réduisant ainsi le coût de leurs entrants⁵⁴. Dès lors, les SNG canadiens, soumis au prix de la gestion de l'offre (et donc à des prix relativement élevés), n'arrivaient pas à trouver preneurs auprès des transformateurs laitiers, séduits par le prix plus bas des produits américains⁵⁵. Par ailleurs, l'utilisation du lait diafiltré en remplacement du lait frais dans la fabrication de produits laitiers a mené à une diminution de la demande des transformateurs pour le lait⁵⁶. Les producteurs canadiens produisaient donc de moins en moins de lait, et par le fait même moins de matières

plus facile encore à utiliser par les transformateurs de produits laitiers, car il ne nécessite aucune réhydratation; Producteurs de lait du Québec, « Importations d'ingrédients laitiers », *supra* note 45.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Agence Canadienne d'inspection des aliments, « Archivée — Vérification des Normes de Composition du fromage » (30 août 2013), en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.inspection.gc.ca/salubrite-alimentaire-pour-l-industrie/directives-archivees-sur-les-aliments/produits-laitiers/manuel-procedures-d-inspection/inspection-des-produits/composition-du-fromage/fra/1377615610542/1377617519591?chap=0>>.

⁵² Les Producteurs de lait du Québec, « Importations d'ingrédients laitiers nos fermes laitières menacées » *supra* note 45; Marcel Groleau, « Importations de lait diafiltré : le gouvernement du Canada doit bouger rapidement » (30 mars 2016), en ligne : *L'Union des producteurs agricoles* <<https://www.upa.qc.ca/fr/textes-dopinion/2016/03/importations-de-lait-diafiltre-gouvernement-canada-bouger-rapidement/>>.

⁵³ Lampron, *supra* note 47.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Producteurs de lait du Québec, « Importations d'ingrédients laitiers », *supra* note 45.

grasses. Or, la population canadienne consomme de plus en plus de produits à base de crème⁵⁷ (voir section suivante). Cette situation a contribué à une pénurie de beurre au Canada en 2015⁵⁸.

Ce paradoxe dans la classification du lait diafiltré a été largement critiqué par les producteurs laitiers canadiens. Ces derniers ont qualifié d'illogique « le fait que le lait diafiltré soit considéré comme ingrédient lorsqu'il traverse la frontière et comme lait dans la fabrication de fromage »⁵⁹. Selon les Producteurs laitiers du Canada, cette faille dans la classification a entraîné des pertes annuelles estimées à 231 millions de dollars pour les producteurs⁶⁰. Ces derniers tentaient par ailleurs depuis des années d'interpeller le gouvernement canadien sur les effets de l'erreur de classification et sur un meilleur contrôle des importations américaines de SNG, plus particulièrement du lait diafiltré⁶¹. Or, laissés sans soutien, les producteurs laitiers canadiens sont parvenus à une sortie de crise par une entente privée avec les transformateurs laitiers en 2016 et à la création des classes de lait 6 et 7 en février 2017⁶². Ces classes visaient justement à atténuer l'incidence de l'importation du lait diafiltré sur le marché canadien en permettant aux producteurs laitiers canadiens de réduire le prix de leurs ingrédients laitiers. Elles permettaient donc d'écouler les stocks canadiens de SNG sur le marché intérieur et international⁶³.

Dès lors, l'abolition des classes de lait 6 et 7 par l'ACÉUM bénéficie aux transformateurs canadiens et aux producteurs américains, aux dépens des producteurs laitiers canadiens. Cette obligation d'abolition fonde en grande partie la colère des producteurs de lait à travers le Canada, d'autant plus qu'elles sont nées d'une initiative privée et non d'une initiative du gouvernement canadien.

Pour les États-Unis, la mise en œuvre de ces classes de lait a eu pour conséquence une complication dans l'exportation notamment de lait diafiltré américain, provoquant d'importantes pertes financières pour les producteurs laitiers américains. En effet, alors qu'en 2016 les exportations américaines de lait diafiltré au Canada représentaient 102 millions de dollars, elles ont chuté à 49 millions en 2017, puis à 32

⁵⁷ Michelle St. Pierre, « *Changes in Canadians' preferences for milk and dairy products* » (21 avril 2017), en ligne : *Statistique Canada* <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/21-004-x/2017001/article/14786-eng.htm>>.

⁵⁸ Financement agricole Canada, « FAC économique agroalimentaire : Secteur laitier canadien tour d'horizon » (printemps 2016) à la p 2, en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <<https://www.fcc-fac.ca/content/dam/fcc/about-fcc/reports/fcc-ag-economics-the-canadian-dairy-sector-f.pdf>>.

⁵⁹ Lampron, *supra* note 47.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Groleau, *supra* note 52; Angie Bonenfant, « Lait diafiltré, Ottawa doit porter attention », *Radio-Canada* (24 mai 2016), en ligne : *Radio-Canada* <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/781416/lait-diafiltré-ottawa-porter-attention>>; Fannie Olivier, « Lait diafiltré : le fédéral pressé d'agir, malgré l'entente de principe », *Le Devoir* (14 juillet 2016), en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/475526/agriculture-lait-diafiltré-le-federal-presse-d-agir-malgré-l-entente-de-principe>>; La Presse canadienne, « Les producteurs de lait à Ottawa », *Le Devoir* (3 juin 2016), en ligne : <<https://www.ledevoir.com/economie/472509/les-producteurs-de-lait-a-ottawa>>.

⁶² Heminthavong, *supra* note 3.

⁶³ *Ibid.*

millions de dollars en 2018⁶⁴. Dès lors, l'abolition de ces classes était une priorité pour l'administration Trump dans les renégociations de l'ALÉNA⁶⁵. Pour le Canada, l'abolition des classes 6 et 7, qui doit être complété en janvier 2021, risque d'encourager, à nouveau, les transformateurs à utiliser davantage de concentrés de protéines de lait et autres SNG américains. Par conséquent, les producteurs laitiers canadiens risquent de se retrouver en situation de surplus. Or, la concession visant à plafonner les exportations canadiennes de certains produits (voir section suivante) risque fort de faire en sorte que les producteurs canadiens n'arrivent pas à exporter leur surplus de SNG. D'autant plus que le Canada s'est engagé en 2015, suivant la *décision* adoptée lors de la Conférence ministérielle de Nairobi, à supprimer ses subventions à l'exportation de produits agricoles d'ici 2021⁶⁶.

III. Plafonnement des exportations canadiennes

L'ACÉUM impose au Canada d'autolimiter quantitativement ses exportations à travers le monde en ce qui concerne trois catégories de produits laitiers. Suivant cet engagement, les exportations de poudre de lait écrémé (PLÉ)⁶⁷ et de concentré de protéines de lait (CPL)⁶⁸, pris ensemble, ne doivent pas dépasser 55 000 tonnes pour l'année 1, puis ce plafond diminue à 35 000 tonnes pour l'année 2. Avant l'entrée en vigueur de l'accord, le Canada exportait 75 000 tonnes de ces produits par an⁶⁹. Les exportations canadiennes pour toutes les préparations pour nourrissons⁷⁰ sont également limitées à, au plus, 13 333 tonnes pour la première année et à 40 000 tonnes pour la seconde année⁷¹. Ce plafonnement des exportations pour ces trois produits laitiers augmentera ensuite de 1,2 % par année laitière⁷² subséquente. Au-delà de ces seuils, fixés pour une année laitière, le Canada devra appliquer pour le reste de l'année

⁶⁴ Economic Research Service, « Dairy Data », en ligne : *United States Department of Agriculture* <<https://www.ers.usda.gov/data-products/dairy-data/>>.

⁶⁵ « President Donald Trump full speech from Kenosha », *supra* note 12 à 00h:12m:40s; Office of the United States, *supra* note 14 à la p 4; Ces deux classes de lait n'inquiétaient pas uniquement les États-Unis, puisque la question a été soulevée à quelques reprises par des Membres de l'OMC comme l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Voir entre autres ces deux résumés du comité sur l'agriculture : OMC Nouvelles 2016, « Politique laitière du Canada : une des priorités à l'ordre du jour du Comité de l'agriculture » (14 septembre 2016), en ligne : *Organisation mondiale du commerce* <https://www.wto.org/french/news_f/news16_f/agcom_16sep16_f.htm>; OMC Nouvelles 2018, « Les Membres de l'OMC fixent des échéances pour examiner le mécanisme de suivi des contingents tarifaires mis en place à Bali » (20 février 2018), en ligne : *Organisation mondiale du commerce* <https://www.wto.org/french/news_f/news18_f/agcom_23feb18_f.htm#documents>.

⁶⁶ *Concurrence à l'exportation*, *supra* note 36; William A. Kerr, « Agriculture in the United States, Mexico, Canada Agreement: Agreeing to keep things pretty much the same » (2019) 68 : 1 *Can J Agriculture Economics* 127 aux pp 131-132.

⁶⁷ Le lait écrémé en poudre couvre tous les produits relevant du SH 0402.10.

⁶⁸ Le concentré de protéines de lait couvre tous les produits relevant du SH 0404.90.

⁶⁹ Les Producteurs de lait du Québec, « Gestion de l'offre et ententes commerciales », *supra* note 5.

⁷⁰ Plus précisément, les préparations pour nourrissons sont celles qui contiennent plus de 10 % de solides de lait de vache et relèvent du SH 1901.10.

⁷¹ ACÉUM, *supra* note 16, art 3.A.3(8).

⁷² Selon les termes de l'ACÉUM, une année laitière est comprise entre le 1^{er} août et le 31 juillet de l'année suivante.

des droits à l'exportation importants de 0,54 CAD par kg pour les exportations de PLÉ et de CPL et des droits à l'exportation de 4,25 CAD par kg pour les préparations pour nourrissons⁷³. Enfin, afin d'opérationnaliser cette mesure, le Canada doit fournir aux États-Unis des données mensuelles sur ses exportations mondiales de PLÉ et de CPL ainsi que pour les préparations pour nourrissons⁷⁴. En acceptant ces exigences, le gouvernement canadien vient donc restreindre la capacité des producteurs laitiers à valoriser leurs solides non gras sur les marchés internationaux, impliquant des impacts financiers importants pour le secteur laitier canadien.

La particularité de ces dispositions tient au fait qu'elles visent à limiter la capacité même du Canada de faire du libre-échange avec le reste du monde. Autrement dit, le Canada a consenti à inclure dans un accord de libre-échange des clauses restreignant sa liberté de commercer avec le restant du monde en ce qui a trait à certaines catégories de produits laitiers.

Si ce type de clauses autolimitatives était plutôt courant dans les années 1970-1980, ce n'est plus le cas aujourd'hui, ce qui fait la particularité de leur inclusion dans l'ACÉUM et constitue un précédent pour le Canada⁷⁵. Cette pratique est issue d'un renouveau dans les techniques de négociation des États-Unis sous l'administration Trump⁷⁶. En effet, conformément à sa vision protectionniste et nationaliste⁷⁷, l'administration Trump use du poids économique et politique des États-Unis⁷⁸ afin de négocier et d'imposer des accords d'autolimitation visant ainsi à protéger les producteurs américains, désavantagés par le libre-échange⁷⁹. Cette nouvelle politique commerciale a été défendue par Donald Trump lors de sa campagne présidentielle et ensuite dans son discours inaugural, affirmant : « *From this moment on, it's going to be America First* »⁸⁰. La négociation des dispositions dans l'ACÉUM portant sur les

⁷³ ACÉUM, *supra* note 16, art 3.A.3(8).

⁷⁴ *Ibid*, art 3.A.3(13).

⁷⁵ Ivan Bernier, « Les ententes de restriction volontaire à l'exportation en droit international économique » (1974) 11 *Can YB IntlLaw* 48 à la p 50-54; Kent Jones, « The Political Economy of Voluntary Export Restraint Agreements » (1984) 37:1, *Kyklos*, 82 aux pp 82-85.

⁷⁶ James Pethokoukis, « How Trump Views Trade — it's more than economics » (2017) 36:1 *The Intl Economy* 36 aux pp 38-39.

⁷⁷ *Ibid* à la p 37. Sur ce sujet, voir notamment Simon Lester et Inu Manak, « The rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA » (2018) 21:1 *J Intl Econ L* 151; Voir aussi : Geneviève Dufour et Delphine Ducasse, « America First and the Return of Economic Isolationism and Nationalism to the United States : A Historic Turning point for International Trade Law » (2020) *Can YBIntl Law* 223.

⁷⁸ David P. Fidler, « President Trump, Trade Policy, and American Grand Strategy : From Common Advantage to Collective Carnage » (2017) 12:1 *Asian J WTO Health Law and Policy* 1 aux pp 13-15.

⁷⁹ Marianne Schneider-Petsinger, « Trade Policy Under President Trump: implications for the US and the world » (2017) à la p 14, en ligne (pdf) : *The Royal Institute of International Affairs* <<https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2017-11-03-trade-policy-trump-schneider-petsinger-final.pdf>>.

⁸⁰ Donald J. Trump, « Remarks of President Donald J. Trump — as prepared for delivery inaugural address » (20 janvier 2017), en ligne : *The White House* <<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/the-inaugural-address/>>. Sur l'impact de la doctrine du *America First* sur la négociation d'accords de libre-échange, voir : Geneviève Dufour et Delphine Ducasse, « La négociation des accords de libre-échange sous l'administration Trump : les principes de réciprocité et de multilatéralisme » (2017) 30:2 *RQDI* 51.

produits laitiers reflète bien cette affirmation. Sur la scène internationale « les États-Unis n'ont ni amis ni ennemis, seulement des intérêts »⁸¹.

Cette nouvelle doctrine commerciale a d'ailleurs été utilisée en ce qui concerne l'acier et l'aluminium, notamment dans le cadre de l'entente renégociée avec la Corée du Sud (*KORUS*)⁸². Cela a donné lieu à des dispositions par lesquelles la Corée a accepté d'autolimiter ses exportations dans le domaine de l'aluminium et de l'acier. Bien que ce genre de limitation aille à l'encontre de l'*Accord de l'OMC sur les sauvegardes*⁸³, elle semble maintenant faire partie de la technique de négociation des États-Unis. En effet, tel qu'énoncé dans l'Agenda de politique commerciale 2017, l'administration Trump rejette le multilatéralisme au profit d'ententes bilatérales⁸⁴ afin que les pays acceptent des quotas, s'apparentant fortement à des mesures d'autolimitation des exportations, et autres mesures avantageuses aux intérêts américains⁸⁵. À cet effet, rappelons que le président Trump avait d'ailleurs suggéré des accords séparés avec le Canada et le Mexique lors de la renégociation de l'*ALÉNA*, une première fois en février 2018⁸⁶ et une seconde fois en juin 2018⁸⁷ dans le but de faire pression sur ses partenaires et ainsi avancer sa position de négociation.

Si l'administration Trump arrive à imposer ce genre de clause d'autolimitation au sein des accords de libre-échange qu'elle négocie, il n'en demeure pas moins qu'elles apparaissent douteuses d'un point de vue de leur licéité. En effet, les zones de libre-échange sont permises par le droit de l'OMC seulement à titre de régime d'exception⁸⁸. Dès lors, pour se constituer en zone de libre-échange, les États doivent respecter une série de règles⁸⁹. Entre autres, les zones de libre-échange ne peuvent créer

⁸¹ Paquin, *supra* note 13 à la p 208.

⁸² Executive Office of the President, « New U.S. Trade Policy and National Security Outcomes with the Republic of Korea » (mars 2018), en ligne : *Office of the United States Trade Representative* <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2018/march/new-us-trade-policy-and-national>>; Hyunjoo Jin et Joyce Lee, « U.S., South Korea revise trade deal, Korean steel faces quota » (25 mars 2018), en ligne : *Reuters* <<https://uk.reuters.com/article/uk-southkorea-trade-usa/u-s-south-korea-revise-trade-deal-korean-steel-faces-quota-idUKKBN1H206N>>.

⁸³ *Accord sur les sauvegardes*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 154 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995); Organisation mondiale du commerce, « Les sauvegardes », en ligne : <https://www.wto.org/french/tratop_f/safeg_f/safeg_f.htm>.

⁸⁴ Executive Office of the President, « The President's 2017 Trade Policy Agenda » (2017) à la p 1, en ligne (pdf) : *Office of the United States Trade Representative* <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2017/AnnualReport/Chapter%20I%20-%20The%20President%27s%20Trade%20Policy%20Agenda.pdf>>.

⁸⁵ Paquin, *supra* note 13 à la p 9.

⁸⁶ The Canadian Press, « U.S. frustration with Canada prompts talk of separate NAFTA deals: report » (7 février 2018), en ligne : <<https://globalnews.ca/news/4011754/nafta-talks-separate-deals-robert-lichthizer/>>.

⁸⁷ Virginie Montet, « Trump suggère des accords séparés avec le Canada et le Mexique » *Le Devoir* (2 juin 2018), en ligne : <<https://www.ledevoir.com/economie/529334/trump-suggere-des-accords-commerciaux-separes-avec-le-canada-et-le-mexique>>.

⁸⁸ En effet, les zones de libre-échange établissent des régimes préférentiels entre les États qui les concluent, ce qui va à l'encontre du principe du traitement de la nation la plus favorisée. L'article XXIV du *GATT* apparaît donc comme un régime d'exception.

⁸⁹ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, annexé à l'*Accord de Marrakech* instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3, art XXIV (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*GATT*].

d'obstacles au commerce d'autres parties⁹⁰. Autrement dit, un accord de libre-échange ne peut pas venir limiter la capacité d'un pays de commercer avec les autres États non parties à la zone de libre-échange.

Dès lors, l'*ACÉUM*, par ses clauses imposant un plafonnement des exportations au Canada, pose des obstacles importants au commerce entre le Canada et les autres pays non-parties à l'*ACÉUM*. En effet, comme l'*ACÉUM* impose des tarifs à l'exportation pour toute quantité dépassant le seuil fixé dans une année laitière, soit le Canada évitera d'exporter davantage de produits, soit il le fera en imposant une surtaxe qui aura pour effet d'augmenter le prix des produits. De toute évidence, l'*ACÉUM* semble non conforme à l'article XXIV du *GATT*⁹¹.

D'ailleurs, l'*ACÉUM* devrait subir dans les prochains mois un examen de la part du Comité des accords commerciaux régionaux (CACR) de l'OMC⁹². Cette analyse est obligatoire pour tout accord commercial régional (*ACR*) relevant de l'article XXIV du *GATT* et conclu par au moins un État membre de l'OMC. Le CACR est chargé de mettre en œuvre le Mécanisme pour la transparence de ces *ACR*, notamment dans le but d'analyser leurs implications systémiques pour le système commercial multilatéral et les relations entre ces accords⁹³. Ce processus de considération fait par le CACR se met en place dès que les Membres procèdent à la notification de l'*ACR*. L'examen est ensuite normalement achevé dans un délai d'un an à compter de la date de notification⁹⁴. Les Membres de l'OMC peuvent alors exiger des explications quant aux impacts des dispositions d'un *ACR* sur les échanges internationaux. À la suite de l'examen du CACR, un rapport est remis au Conseil du commerce des marchandises de l'OMC qui peut, s'il le juge pertinent, imposer des mesures ou demander des modifications aux États parties à l'*ACR*. Bien que l'*ACÉUM* soit en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2020, l'accord n'a été notifié que le 16 septembre 2020⁹⁵. L'examen par le CACR devrait donc commencer dans les prochains mois.

⁹⁰ *Ibid*, art XXIV (4). Cet article précise que l'établissement « d'une zone de libre-échange doit avoir pour objet de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs et non d'opposer des obstacles au commerce d'autres parties contractantes avec ces territoires ». Le paragraphe 4 de l'article XXIV du *GATT* a été interprété par l'Organe d'appel de l'OMC comme énonçant le but d'une union douanière, mais peut être appliqué à celui d'une simple zone de libre-échange : « Une union douanière doit faciliter le commerce à l'intérieur de l'union mais elle ne doit pas le faire de telle façon que des obstacles sont opposés au commerce avec les pays tiers »; *Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements (Plainte de l'Inde)* (1999), OMC Doc/WT/DS34/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), au para 57.

⁹¹ Bien que les parties aient reconnu à l'article 1 de l'*ACÉUM* le caractère obligatoire de l'article XXIV du *GATT* ainsi que l'obligation qui en découle d'instaurer la zone de libre-échange en conformité aux règles, cela ne présage évidemment pas de la licéité ou de l'illicéité de l'*ACÉUM* au regard de l'article XXIV du *GATT*.

⁹² Organisation mondiale du commerce, « Le Comité des accords commerciaux régionaux », en ligne : OMC <https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/regcom_f.htm>.

⁹³ Organisation mondiale du commerce, « Mécanisme pour la transparence des *ACR* », en ligne : OMC <https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/trans_mecha_f.htm>.

⁹⁴ *Ibid*. En raison de la pandémie de Covid-19, et malgré la notification de cinq accords commerciaux régionaux, le Comité n'a pu se réunir.

⁹⁵ Organisation mondiale du commerce, « Base de données des *ACR* », en ligne : OMC <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>>.

Indépendamment de la procédure menée devant le CACR, l'*ACÉUM* demeure attaquant dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. En effet, un Membre de l'OMC pourrait porter plainte contre le Canada et les États-Unis concernant l'article 3.A.3, par. 8 de l'accord et remettre en cause la licéité de cet article au regard de l'article XXIV du *GATT*. Il faut néanmoins mentionner qu'une procédure de règlement des différends portée devant l'OMC à l'encontre des États-Unis apparaît aujourd'hui bien inefficace dans le contexte de la crise de l'Organe d'appel⁹⁶. Le Canada demeure quant à lui vulnérable compte tenu du fait qu'il est partie à la procédure provisoire multipartite permettant d'examiner en appel des différends commerciaux par l'intermédiaire de l'OMC.

En outre, bien que l'article 3.A.3 de l'*ACÉUM* imposant un plafonnement des exportations pour certains produits laitiers apparaisse illicite selon les règles de l'OMC, le Canada s'est engagé de manière conventionnelle à le respecter. Il doit donc s'y conformer. Autrement, il pourra faire face à une plainte en vertu du mécanisme général de règlement des différends prévu par l'*ACÉUM*⁹⁷. À cet effet, l'accord établit également un Comité sur le commerce agricole, dont une des fonctions est précisément de « fournir une plateforme permettant aux Parties de se consulter et où elles s'efforcent de régler les problèmes ou de lever les obstacles au commerce »⁹⁸. Dès lors, il est tout à fait possible, mais non obligatoire, que ce comité soit préalablement saisi de la question advenant une insatisfaction des États-Unis quant à l'application ou la non-application par le Canada de ses obligations en vertu de l'*ACÉUM*.

En somme, l'ouverture du marché laitier canadien aux produits américains, l'annulation des classes 6 et 7, combiné au plafonnement des exportations, forceront les producteurs laitiers canadiens à se réorganiser et pourraient avoir un impact majeur sur la production de beurre et autres produits à base de crème au Canada ainsi que sur la manière dont les producteurs de lait canadiens pourront écouler leur surplus de SNG sur le marché. En effet, en produisant moins de lait, les producteurs laitiers canadiens produisent moins de matières grasses. Or, la population canadienne consomme de plus en plus de beurre, de fromages de spécialité et de yogourt⁹⁹. En effet, le secteur laitier canadien connaît depuis 2015 une période de croissance sans précédent. La demande de lait, en particulier de produits à forte teneur en matière grasse, a augmenté de façon importante¹⁰⁰. Agriculture et Agroalimentaire Canada (AAC) souligne que la demande de lait de transformation a augmenté de 28,7 % entre 2013 et 2017¹⁰¹. À cet effet, les dernières données du Centre canadien d'information laitière d'Agriculture et

⁹⁶ Depuis novembre 2019, le travail de l'Organe d'appel est bloqué en raison du refus de la part des États-Unis de nommer des membres. Sur les raisons motivant les États-Unis à agir ainsi, voir : Jens Lehne, *Crisis at the WTO : Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Berlin, Carl Grossman, 2019.

⁹⁷ À cet effet, voir le chapitre 31 de l'*ACÉUM*.

⁹⁸ *ACÉUM*, *supra* note 16, art 3.7(2)(c).

⁹⁹ St. Pierre, *supra* note 57.

¹⁰⁰ Agriculture et agroalimentaire Canada, « Les perspectives agricoles canadiennes à moyen terme : marchés internationaux et canadiens 2018 » (2018) à la p 12, en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <http://publications.gc.ca/collections/collection_2018/aac-aafc/A38-1-4-2018-fra.pdf> [« Perspectives agricoles canadiennes 2018 »].

¹⁰¹ *Ibid* à la p 12.

Agroalimentaire Canada montre que la consommation annuelle de fromage par habitant est passée de 12,1 kg en 2013 à 13,8 kg en 2017¹⁰², puis à 14,51 kg en 2019¹⁰³, celle du beurre est passée de 2,5 à 3 kg pour la même période¹⁰⁴, puis à 3,33 kg en 2019¹⁰⁵, alors que la consommation de lait est passée de 74,3 L en 2013 à 66,6 L en 2017¹⁰⁶, puis a diminué encore en 2019 à 65,85 L¹⁰⁷.

Cet engouement renouvelé pour le beurre, combiné à une diminution de la production de lait, a d'ailleurs mené, à la fin de l'année 2015, à une pénurie de beurre au Canada¹⁰⁸. Cette augmentation de la consommation de beurre s'explique notamment par un remplacement du lait frais par du lait diafiltré dans les produits laitiers transformés ainsi que par une évolution dans les préférences des consommateurs vers des produits plus sains et naturels, en comparaison avec des produits, comme la margarine, fortement transformés¹⁰⁹. En outre, la consommation de yogourt a augmenté de façon soutenue dans les dernières années, atteignant 10,22 kg par personne en 2019¹¹⁰. Les perspectives agricoles canadiennes d'AAC prévoient que la demande et la production pour les produits laitiers de transformation augmenteront de 1,2 % chaque année d'ici 2027, totalisant une augmentation de 11 % sur une période de dix ans¹¹¹.

Par conséquent, suivant les concessions faites par le Canada dans l'*ACÉUM*, les producteurs laitiers canadiens produiront moins de lait et pourraient donc avoir de la difficulté à satisfaire la demande des Canadiens concernant les produits à forte teneur en matière grasse, qui se tourneront vers les produits étrangers. Par ailleurs, pour répondre à cette demande croissante, les producteurs laitiers doivent et devront produire davantage de matières grasses, engendrant ainsi une augmentation égale de leur production de solides non gras¹¹². Or, la demande de SNG canadiens de la part des transformateurs laitiers a diminué de façon importante dans les dernières années en raison de la forte concurrence des produits similaires américains, tels que le lait diafiltré¹¹³. À cet effet, l'abolition des classes de lait 6 et 7 vient annuler les incitatifs créés par ces dernières afin que les transformateurs laitiers choisissent des produits et ingrédients canadiens. Dès lors, les producteurs canadiens risquent fortement de se retrouver en situation de surplus de SNG.

¹⁰² Centre canadien d'information laitière, « DC007 Consommation globale de produits laitiers : fromage », en ligne : *Gouvernement du Canada* <<http://aimis-simia-cdic-ccil.agr.gc.ca/rp/index-fra.cfm?action=pR&r=764&pdctc=>> [DC007 Consommation globale de produits laitiers : fromage].

¹⁰³ Centre canadien d'information laitière, « Aperçu de l'industrie laitière », *supra* note 1.

¹⁰⁴ Centre canadien d'information laitière, « DC007 Consommation globale de produits laitiers : beurre », en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://aimis-simia-cdic-ccil.agr.gc.ca/rp/index-fra.cfm?action=pR&r=764&pdctc=>>.

¹⁰⁵ Centre canadien d'information laitière, « Aperçu de l'industrie laitière », *supra* note 1.

¹⁰⁶ Centre canadien d'information laitière, « DC007 Consommation globale de produits laitiers : lait de consommation », *supra* note 104.

¹⁰⁷ Centre canadien d'information laitière, *supra* note 1.

¹⁰⁸ Financement agricole Canada, *supra* note 58 à la p 2.

¹⁰⁹ « Perspectives agricoles canadiennes 2018 », *supra* note 100 à la p 13.

¹¹⁰ Centre canadien d'information laitière, *supra* note 1.

¹¹¹ « Perspectives agricoles canadiennes 2018 », *supra* note 100 à la p 12.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Financement agricole Canada, *supra* note 58 à la p 3.

IV. Obligations en matière de transparence

Finalement, l'*ACÉUM* prévoit des obligations de transparence. De façon générale, le chapitre sur l'agriculture prévoit que chaque partie met à la disposition d'une autre partie les informations qu'elle demande relativement aux mesures prises par un palier de gouvernement régional et affectant le commerce des produits agricoles¹¹⁴. Plus précisément, l'article 3.A.3 concernant les produits laitiers entre le Canada et les États-Unis prévoit des obligations additionnelles de transparence extrêmement précises, détaillées et nombreuses¹¹⁵.

Ces dispositions prévoient que le gouvernement canadien doit notifier, à l'avance, toute modification qui aurait pour effet d'augmenter les droits de douane, entre autres en matière de produits laitiers, aux autorités américaines afin de leur permettre de tenir des consultations et de participer dans le processus réglementaire. Cette obligation inclut toute modification ou révision dans la classification des produits laitiers¹¹⁶. Dès lors, avant d'introduire toute nouvelle classe de lait, de changer une classe existante, d'introduire une nouvelle classe de prix ou changer une classe existante, le Canada doit notifier aux États-Unis, et vice-versa, son intention au moins un mois avant sa mise en œuvre afin de lui laisser un temps suffisant pour examiner la modification proposée.

En outre, l'*ACÉUM* ne se contente pas d'exiger une obligation de notification de toute modification réglementaire comme le font normalement les autres accords de libre-échange. Les dispositions de l'article 3.A.3 exigent du gouvernement canadien de partager, tantôt sur une base mensuelle tantôt sur une base trimestrielle, des données brutes telles que l'utilisation de lait par classe et par mois, les quantités vendues, les prix de chaque classe de lait, les revenus pour le lait, etc. Par exemple, le Canada est tenu de fournir aux États-Unis des données mensuelles sur ses exportations mondiales de PLÉ et de CPL ainsi que de préparations pour nourrissons afin d'assurer le respect des volumes fixés pour ces produits pour une année¹¹⁷. L'accord oblige également le Canada à publier des informations sur les lois et règlements relatifs à la fixation des prix des classes de lait, y compris les composants, c'est-à-dire les matières grasses, protéines et autres solides, les marges de transformation ainsi que les facteurs de rendement¹¹⁸.

Ces obligations de transparence visent à éviter qu'une nouvelle entente puisse être conclue entre les transformateurs et producteurs laitiers de manière à contourner l'abolition des classes de lait 6 et 7 et le plafonnement des exportations. L'administration Trump avait fait d'une plus grande transparence une exigence centrale dans la renégociation de l'*ALÉNA*¹¹⁹. Ces exigences quant à la publication

¹¹⁴ *ACÉUM*, *supra* note 16, art 3.10(1).

¹¹⁵ *Ibid*, art 3.A.3(10)—(13).

¹¹⁶ *Ibid*, art 3.A.3(12).

¹¹⁷ *ACÉUM*, *supra* note 16, art 3.A.3(13).

¹¹⁸ *Ibid*, art 3.A.3(10), (11).

¹¹⁹ Office of the United States Trade Representative, *supra* note 14 à la p 10; *President Donald Trump full speech from Kenosha*, *supra* note 12 à 00h:12m:28s.

des données sur les exportations canadiennes permettront, à terme, aux instances américaines d'évaluer elles-mêmes si les dispositions de l'ACÉUM ont été respectées. En outre, afin de surveiller la mise en œuvre de ces nouvelles obligations, le Canada a accepté de discuter de toute question liée à ce mécanisme de suivi à la demande des États-Unis¹²⁰. Enfin, les États-Unis et le Canada réexamineront les dispositions relatives aux produits laitiers cinq ans après la date d'entrée en vigueur de l'accord, puis tous les deux ans afin d'évaluer, s'il y a lieu, le retrait ou la modification de ces dernières¹²¹.

De toute évidence, le secteur du lait a fait les frais des négociations. Les nouvelles parts de marché prévues dans l'ACÉUM créent une brèche dans le système de gestion de l'offre. Ces nouvelles obligations auront certainement un impact sur la manière dont les producteurs de lait canadiens pourront écouler leur surplus de SNG et pourraient, à terme, avoir un impact sur la production de produits laitiers à base de crème au Canada, alors même que la demande pour ces produits augmente au pays.

Pourtant, les États-Unis affichaient un surplus commercial net de 445 millions de dollars en matière de produits laitiers avec le Canada en 2016¹²². Le président Donald Trump en a néanmoins fait l'un de ses chevaux de bataille, critiquant fortement le principe de la gestion de l'offre au Canada qu'il considère comme une pratique déloyale ayant mis les agriculteurs américains au chômage¹²³. Pour le président américain, une renégociation du secteur de la production laitière, en faveur des producteurs américains, était primordiale, notamment afin de courtiser ses électeurs du Wisconsin et d'autres États producteurs de produits laitiers.

L'ACÉUM est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020. Pourtant, le gouvernement canadien avait plutôt envisagé une entrée en vigueur au 1^{er} août 2020, ce qui aurait coïncidé avec le début de l'année laitière. Cette entrée en vigueur, qualifiée de hâtive par les producteurs et transformateurs laitiers canadiens, a porté un coup supplémentaire à l'industrie laitière¹²⁴. En effet, au lieu de disposer de 12 mois complets de production et de transformation, suivant les plafonds d'exportation fixés pour la première année, les producteurs et transformateurs laitiers canadiens n'ont eu que quelques semaines pour se réorganiser en vue de la nouvelle année laitière. Par conséquent, le 1^{er} août 2020 a débuté la seconde année laitière selon les termes de l'ACÉUM, impliquant une réduction significative des plafonds d'exportations pour

¹²⁰ ACÉUM, *supra* note 16, art 3.A.3(15).

¹²¹ *Ibid*, art 3.A.3(16).

¹²² Les Producteurs de lait du Québec, « Gestion de l'offre et ententes commerciales », *supra* note 5.

¹²³ Fidler, *supra* note 78 aux pp 9-10.

¹²⁴ Joël Denis-Bellavance, « ACÉUM : Ottawa a tenté de repousser la date d'entrée en vigueur », *La Presse* (4 mai 2020), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/affaires/economie/2020-05-04/aecum-ottawa-a-tente-de-repousser-la-date-d-entree-en-vigueur>>.

certaines produits laitiers tels que les PLÉ et CPL, passant de 55 000 tonnes en juillet à 35 000 tonnes en août. Selon les calculs des Producteurs laitiers du Canada et de l'Association des transformateurs laitiers du Canada, cette entrée en vigueur anticipée d'un mois a entraîné une réduction de près de 40 % des exportations du secteur laitier canadien, représentant des pertes estimées à 100 millions, en plus des pertes annuelles déjà concédées aux produits laitiers américains dans l'accord¹²⁵.

En raison des concessions considérables dans le secteur laitier, le gouvernement Trudeau a promis des compensations financières aux producteurs laitiers canadiens afin de pallier les pertes de marchés¹²⁶. À cet effet, le gouvernement canadien a créé un groupe de travail composé de producteurs et de transformateurs de l'industrie laitière afin d'établir des stratégies d'atténuation visant à soutenir ces derniers dans leur adaptation à l'ACÉUM¹²⁷. Le 14 juillet 2020, à l'issue de l'assemblée générale annuelle, les Producteurs laitiers du Canada ont manifesté leur impatience et leur inquiétude face à cet engagement qui tarde à être honoré. Ces derniers ont demandé au gouvernement canadien d'annoncer l'échéancier des paiements et des montants rattachés au solde des compensations pour l'ACÉUM, mais également pour l'AECG et le PTPGP. Les producteurs laitiers demandent à ce que les compensations soient octroyées sous forme de paiements directs afin d'assurer un traitement juste et équitable envers l'ensemble des producteurs¹²⁸. Le 23 septembre 2020, dans le discours du Trône, le gouvernement canadien a renouvelé son engagement concernant le versement d'un dédommagement « plein et équitable » pour les producteurs laitiers afin de compenser les parts de marchés concédés par le Canada dans les accords commerciaux récemment conclus¹²⁹. Cet engagement a été salué par les Producteurs laitiers du Canada¹³⁰. Le gouvernement canadien s'est également engagé à présenter à l'automne 2020 une mise à jour économique, comprenant les projections financières et plus de détails sur les mesures pour mettre en œuvre les engagements du discours du Trône, notamment concernant les compensations pour les producteurs laitiers¹³¹. Le budget fédéral pour l'exercice

¹²⁵ Producteurs laitiers du Canada, « Mise en œuvre de l'ACÉUM : le secteur laitier aussi a été induit en erreur par le gouvernement fédéral » (29 avril 2020), en ligne : *Producteurs laitiers du Canada* <<https://producteurslaitiersducanada.ca/fr/mise-en-oeuvre-de-laceum-le-secteur-laitier-aussi-ete-induit-en-erreur-par-le-gouvernement-federal>>.

¹²⁶ Producteurs laitiers du Canada, « Quand les promesses ne suffisent plus » (14 juillet 2020), en ligne : *Producteurs laitiers du Canada* <<https://producteurslaitiersducanada.ca/fr/quand-les-promesses-ne-suffisent-plus>>.

¹²⁷ Agriculture et Agroalimentaire Canada, « Le gouvernement du Canada annonce la création de nouveaux groupes de travail pour l'industrie laitière » (29 octobre 2018), en ligne : *Gouvernement du Canada* <<https://www.canada.ca/fr/agriculture-agroalimentaire/nouvelles/2018/10/le-gouvernement-du-canada-annonce-la-creation-de-nouveaux-groupes-de-travail-pour-lindustrie-laitiere.html>>.

¹²⁸ Producteurs laitiers du Canada, « Quand les promesses ne suffisent plus », *supra* note 126.

¹²⁹ Bureau du Conseil privé, « Discours du Trône », en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <<https://www.canada.ca/fr/conseil-privé/campagnes/discours-trone/2020/discours-du-trone.html>>, 22.

¹³⁰ Producteurs laitiers du Canada, « Discours du Trône : l'intention du gouvernement de respecter son engagement envers les producteurs laitiers est un pas dans la bonne direction selon les PLC » (23 septembre 2020), en ligne : *Producteurs laitiers du Canada* , <<https://producteurslaitiersducanada.ca/fr/discours-du-trone-lintention-du-gouvernement-de-respecter-son-engagement-envers-les-producteurs-laitiers-est-un-pas-dans-la-bonne-direction-selon-les-plc>>.

¹³¹ « Discours du Trône », *supra* note 129, 15.

2020-2021 devait initialement être présenté le 30 mars 2020, mais sa publication a été reportée en raison de la pandémie de Covid-19¹³².

Sans doute, l'entrée en vigueur de l'ACÉUM représente une réorganisation importante pour l'industrie laitière canadienne, non seulement au niveau de la production, de la transformation, de la commercialisation, mais également au niveau de la cueillette systématique des données de manière à fournir les renseignements découlant des obligations de transparence. Les agriculteurs canadiens devront trouver de nouvelles stratégies pour faire face à la compétition des produits américains ainsi qu'à l'évolution de la consommation canadienne de produits laitiers et afin de rentabiliser leurs surplus de solides non gras. Tout ça dans un contexte exceptionnel où la Covid-19 a déjà eu des impacts importants sur le marché laitier¹³³.

Une première décision du groupe spécial de règlement des différends dans le cadre de l'ACÉUM a été rendue en décembre 2021 et publiée le 4 janvier 2022, tranchant en faveur des États-Unis. Dans ce rapport, les arbitres affirment que l'attribution des contingents tarifaires du Canada est incomptable avec ses obligations en vertu de l'ACÉUM. Déposée en mai 2021, la plainte américaine soutenait que le mécanisme d'attribution des contingents tarifaires du Canada, qui réservait 85 à 100 % de ses contingents tarifaires appliqués à 14 catégories de produits laitiers aux transformateurs canadiens, était incomptable avec ses obligations¹³⁴. À terme, la décision force le Canada à revoir la distribution de ses contingents tarifaires afin de se conformer aux conclusions du rapport, ayant pour conséquence possible l'augmentation de la part de produits laitiers entièrement américains sur nos tablettes et donc une plus forte compétition, et pression, sur les producteurs laitiers canadiens¹³⁵. À cet effet, le gouvernement du Canada a entamé des consultations publiques qui se tiendront du 2 mars au 19 avril 2022 afin d'assurer la mise en œuvre du rapport¹³⁶. Cela dit, si le Canada a bel et bien perdu sur le fond, la décision marque une victoire majeure pour le système de gestion de l'offre canadien, dont la licéité a été affirmée par les arbitres et par les États-Unis, de même que la capacité discrétionnaire du Canada dans l'attribution de ses contingents tarifaires pour les produits laitiers¹³⁷.

¹³² Mélanie Marquis, « Le déficit fédéral explose à 343,2 milliards », (8 juillet 2020), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/affaires/economie/2020-07-08/le-deficit-federal-explose-a-343-2-milliards.php>>.

¹³³ Bruno Letendre, « Covid-19 — les producteurs de lait fidèles au poste » (5 avril 2020), en ligne : *Producteurs de lait du Québec* <<https://lait.org/covid-19-les-producteurs-de-lait-fideles-au-poste/>>.

¹³⁴ Arbitral panel established pursuant to Article 31, *Canada – Dairy TRQ Allocation Measures* (CDA-USA-2021-31-01), Rapport final du Groupe spécial, 20 décembre 2021 à la p 1 [*Canada – Dairy TRQ Allocation Measures*].

¹³⁵ Pour une analyse plus exhaustive de la décision du Groupe spécial, voir Richard Ouellet, « Une analyse du premier rapport du groupe spécial sous l'ACÉUM : plainte des États-Unis au sujet des contingents tarifaires laitiers canadiens — qui gagne, qui perd ? » (2022) 12 : 1 Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, en ligne : <https://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/cca_fe_vrier_2022.pdf>.

¹³⁶ Gouvernement du Canada, « Message à l'intention de l'industrie — Consultations publiques : Mise en œuvre du rapport du groupe spécial sur les contingents tarifaires (CT) de produits laitiers dans le cadre de l'ACEUM » (7 mars 2022), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/controls-contrôles/messages/2022-03-01-message-industry-industrie.aspx?lang=fra>>.

¹³⁷ *Canada – Dairy TRQ Allocation Measures*, *supra* note 134 à la p 48.

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX ÉCONOMIQUES EN AMÉRIQUE DU NORD APRÈS L'ACCORD CANADA – ÉTATS-UNIS – MEXIQUE

Charles-Emmanuel Côté*

Cet article se penche sur le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord après l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM). Ce nouvel accord remplace l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), mais il reproduit les trois mêmes mécanismes de règlement des différends que son prédécesseur, avec certaines modifications notables, surtout en matière de travail, d'environnement et d'investissement. L'ALÉNA prévoyait un mécanisme général de règlement des différends, mais aussi un mécanisme spécial d'examen des droits antidumping ou compensateurs par des groupes spéciaux binationaux, ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État (RDIE) dans son célèbre chapitre 11. La première partie examine les améliorations apportées au mécanisme général de règlement des différends. La deuxième partie étudie le maintien du mécanisme de groupes spéciaux binationaux en matière de dumping et de subventionnement. La troisième partie met en lumière le relâchement du mécanisme de RDIE dans l'ACÉUM. L'article conclut qu'une continuité s'observe entre l'ACÉUM et l'ALÉNA en matière de règlement des différends, en ce qui concerne le mécanisme général et le mécanisme spécial pour le dumping et le subventionnement, alors qu'une rupture nette s'opère en matière d'investissement avec le mécanisme de RDIE.

This article examines the settlement of international economic disputes in North America following the Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA). This new agreement replaces the North American Free Trade Agreement (NAFTA), but it reproduces the same three dispute settlement mechanisms of its predecessor, with some notable changes, especially in the areas of labor, environment and investment. NAFTA provided for a general dispute settlement mechanism, but also a special mechanism for reviewing anti-dumping or countervailing duties by binational panels, as well as an investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism in its famous Chapter 11. The first part examines the improvements made to the general dispute settlement mechanism. The second part examines the maintenance of the mechanism of binational panels on dumping and subsidization. The third part highlights the loosening of the (ISDS) mechanism in CUSMA. The article concludes that there is continuity between CUSMA and NAFTA in dispute settlement, with respect to the general mechanism and the special mechanism for dumping and subsidization, while a clear break occurs with the ISDS mechanism.

Este artículo examina la resolución de conflictos económicos internacionales en América del Norte tras el Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC). Este nuevo tratado sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero reproduce los mismos tres mecanismos de resolución de disputas que su predecesor, con algunos cambios notables, sobre todo en las áreas de trabajo, medio ambiente e inversión. El TLCAN preveía un mecanismo general de resolución de disputas, pero también un mecanismo especial para la revisión por parte de un panel binacional de los derechos antidumping o compensatorios, y un mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE) en su famoso Capítulo 11. En la primera parte se examinan las mejoras al mecanismo general de solución de disputas. La segunda parte examina la continuación del mecanismo del panel binacional en los ámbitos de dumping y subvenciones. La tercera parte pone de relieve el aflojamiento del mecanismo de SCIE en el T-MEC. El documento concluye que existe una continuidad entre el T-MEC y el TLCAN en el ámbito de la solución de controversias, en lo que respecta al mecanismo general y al mecanismo especial para el dumping y las subvenciones, mientras que hay una clara ruptura en el ámbito de la inversión con el mecanismo de SCIE.

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, Canada.

Les mécanismes par lesquels les parties peuvent régler leurs différends concernant l'application ou l'interprétation d'un accord de libre-échange sont une de leurs caractéristiques essentielles. Contrairement à d'autres types de traités, les accords commerciaux internationaux prévoient généralement des mécanismes sophistiqués, qui encadrent la manière dont un État peut invoquer la responsabilité d'un autre État en cas de manquement à ses obligations, de même que les contre-mesures que l'État lésé peut éventuellement vouloir imposer. Les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont accès à l'un des mécanismes de règlement des différends les plus efficaces qui soit en droit international, malgré ses déboires récents avec le blocage de la nomination des membres de son Organe d'appel¹. Comme les grandes obligations des accords de libre-échange reproduisent celles des accords de l'OMC, il ne faut pas se surprendre si les États préfèrent généralement recourir au mécanisme multilatéral pour régler leurs différends. Pourtant, les accords de libre-échange contiennent des engagements propres pour lesquels le mécanisme de l'OMC ne peut être saisi, ce qui explique pourquoi ces accords continuent de prévoir leur propre mécanisme de règlement des différends. Non seulement un mécanisme général est-il prévu, mais parfois, les accords de libre-échange prévoient aussi un ou des mécanismes spéciaux visant les différends concernant un chapitre spécifique de l'accord, pouvant même dépasser le cadre interétatique pour reconnaître des droits procéduraux aux personnes privées. C'est le cas particulièrement des accords qui comprennent un chapitre sur l'investissement, avec un mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État (RDIE).

Le règlement des différends relatifs à l'*Accord de libre-échange nord-américain* entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique² (*ALÉNA*) ne faisait pas exception. L'*ALÉNA* prévoyait non seulement un mécanisme général de règlement des différends, dans son chapitre 20, mais aussi un mécanisme spécial d'examen des droits antidumping ou compensateurs par des groupes spéciaux binationaux dans son chapitre 19, ainsi qu'un mécanisme de RDIE dans son célèbre chapitre 11. Le nouvel *Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*³ (*ACÉUM*) remplace l'*ALÉNA*, mais il reproduit les trois mêmes mécanismes de règlement des différends, avec certaines modifications notables, surtout en matière de travail, d'environnement et d'investissement.

¹ *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3 (entrée en vigueur 1^{er} janvier 1995) [*Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*]. Voir généralement Dominique Carreau et al, *Droit international économique*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2017 aux pp 119-56. Sur le blocage actuel du mécanisme, voir Nicolas Gervais et André-Philippe Ouellet, « L'échapper belle : AMPA ou MPIA. Quatre lettres au secours du système de règlement des différends à l'OMC » (2019) 32:2 RQDI 29 à la p 32.

² *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

³ *Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*, en annexe du *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5, modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 10 décembre 2019, RT Can 2020 n° 6 [*ACÉUM*].

Cet article se penche sur le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord sous le nouveau régime de l'*ACÉUM*. La première partie examine les améliorations apportées au mécanisme général de règlement des différends (I). La deuxième partie étudie le maintien du mécanisme des groupes spéciaux binationaux en matière de dumping et de subventionnement (II). La troisième partie met en lumière le relâchement du mécanisme de RDIE (III). L'article conclut qu'une continuité s'observe entre l'*ACÉUM* et l'*ALÉNA* en matière de règlement des différends, en ce qui concerne le mécanisme général et le mécanisme spécial pour le dumping et le subventionnement, alors qu'une rupture nette s'opère en matière d'investissement avec le mécanisme de RDIE.

I. L'amélioration du mécanisme général de règlement des différends

Les ratés du mécanisme général de règlement des différends du chapitre 20 de l'*ALÉNA* (A) ont conduit à plusieurs améliorations dans celui maintenant prévu dans le chapitre 31 de l'*ACÉUM*, dont les plus importantes ont été apportées *in extremis* lors de la renégociation (B).

A. Les ratés du chapitre 20 de l'*ALÉNA*

Le mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*, prévu par son chapitre 20, reprenait essentiellement celui mis en place par le chapitre 18 de son prédécesseur, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*⁴ (*ALÉ*). Le Canada eut souhaité la création d'un véritable tribunal du commerce nord-américain, à l'image de la Cour de justice des Communautés européennes de l'époque, mais il avait dû se plier à la préférence des États-Unis pour un mécanisme de type arbitral beaucoup moins institutionnalisé⁵. La mise en place d'un mécanisme de règlement des différends avait été cruciale pour le Canada, l'inégalité de puissance entre les deux pays rendant tout type de mécanisme plus souhaitable que la simple diplomatie⁶.

Le mécanisme prévu par le chapitre 20 ressemblait davantage à celui de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*⁷ (*GATT* de 1947) qu'à son

⁴ *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* 22 décembre 1987, RT Can 1989 n° 3 [ALÉ]. Voir généralement Jean-Gabriel Castel, « The Settlement of Disputes under the 1988 Canada-United States Free Trade Agreement » (1989) 83 AJIL 118 à la p 120.

⁵ David A. Gantz, « The United States and Dispute Settlement under the North American Free Trade Agreement : Ambivalence, Frustration, and Occasional Defiance », dans Cesare PR Romano, dir, *The Sword and the Scales : The United States and International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 356 à la p 363 [Gantz, « NAFTA »].

⁶ William C Graham, « Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement* : One Element of a Complex Relationship » (1992) 37:2 RD McGill 544 aux pp 551-52; Robert Hage, « Dispute Settlement under the Canada-United States Free Trade Agreement » (1990) 28 ACIDI 361 aux pp 361-62.

⁷ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187, RT Can 1947 n° 27, art 22-23 (application provisoire : 1er janvier 1948) [*GATT* de 1947].

successeur de l'OMC⁸. Aucun organe permanent n'a été créé, les différends étant tranchés par un groupe spécial arbitral *ad hoc* de cinq membres, sans possibilité d'appel. La Commission du libre-échange nord-américain, organe politique réunissant les ministres du commerce extérieur des trois parties, intervenait à différents stades du processus⁹. Une différence notable avec le mécanisme du *GATT* de 1947 était que l'institution du groupe spécial était automatique à la demande d'une partie¹⁰. En revanche, la sélection de ses membres ne l'était pas et fut l'une des principales causes de désaffection du chapitre 20. Le rapport du groupe spécial contenait ses constatations sur la compatibilité de la mesure attaquée avec l'*ALÉNA* et formulait des recommandations pour le règlement du différend¹¹. Contrairement au *GATT* de 1947, le rapport n'avait pas à être formellement adopté par les parties ou la Commission, mais son contenu n'était pas exécutoire et devait plutôt permettre aux parties de s'entendre sur la solution du différend, consistant si possible en le retrait de la mesure ou encore l'octroi d'une compensation d'ordre tarifaire ou autre¹². À défaut de règlement amiable, la partie demanderesse pouvait imposer des contre-mesures, dont la proportionnalité avec le préjudice commercial subi pouvait elle-même faire l'objet d'un examen par le groupe spécial, à la demande d'une partie¹³.

Malgré son importance pour la conclusion de l'*ALÉNA*, le mécanisme du chapitre 20 a rapidement été délaissé puisque seules trois affaires ont été soumises à un groupe spécial entre 1994 et 2020, toutes au cours de ses sept premières années d'opération¹⁴. Cette désaffection s'explique essentiellement par deux facteurs. D'une part, les parties ont préféré s'en remettre au nouveau mécanisme de règlement des différends de l'OMC, jugé plus efficace avec sa juridiction quasi-obligatoire, son Organe d'appel et sa plus grande institutionnalisation¹⁵. En effet, la plupart des différends commerciaux entre les parties pouvaient être soumis soit à l'OMC, soit au mécanisme du chapitre 20, en raison de l'identité des disciplines fondamentales entre

⁸ Sur le mécanisme du chapitre 20 de l'*ALÉNA*, voir généralement Daniel Turp, « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends » (1992) 38 *AFDI* 808; Helen Antoniou, « Une évolution des mécanismes de règlement des différends : de l'*ALÉ* à l'*ALÉNA* » (1993) 24 *RDU* 71; David S Huntington, « Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement » (1993) 34:2 *Harv Int'l LJ* 407.

⁹ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 2007(1), 2008(2), 2012(1) et art 2019(3).

¹⁰ *Ibid.*, art 2008(2); Gantz, « *NAFTA* », *supra* note 5 à la p 386.

¹¹ *Ibid.*, art 2012(3).

¹² *Ibid.*, art 2018.

¹³ *Ibid.*, art 2019. Un tel recours n'existait pas dans le mécanisme du chapitre 18 de l'*ALÉ*.

¹⁴ Secrétariat de l'*ACÉUM*, *Publications. Décisions et rapports*, en ligne : <can-mex-usa-sec.org>. Voir *Dans l'affaire des services transfrontière de camionnage (Mexique c États-Unis)* (2001), USA-MEX-98-2008-01 (Groupe spécial chapitre 20); *Dans l'affaire des mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en paille de Sorgho du Mexique (Mexique c États-Unis)* (1998), USA-97-2008-01 (Groupe spécial chapitre 20); *Tarifs douaniers appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des États-Unis d'Amérique (États-Unis c Canada)* (1996), CDA-95-2008-01 (Groupe spécial chapitre 20). Un auteur a recensé une dizaine d'autres affaires qui n'aurait pas dépassé le stade des consultations. À titre de comparaison, cinq affaires avaient été soumises au mécanisme du chapitre 18 de l'*ALÉ* entre 1989 et 1994. Gantz, « *NAFTA* », *supra* note 5 aux pp 388-89.

¹⁵ Gantz, « *NAFTA* », *supra* note 5 aux pp 390-91. Un autre argument avancé par Gantz est l'insatisfaction des États-Unis à l'égard des motifs des rapports rendus au titre du mécanisme du chapitre 18 de l'*ALÉ*, qui aurait créé un préjugé défavorable à l'égard de celui du chapitre 20 de l'*ALÉNA*.

les accords de l'OMC et l'*ALÉNA*¹⁶. Toutefois, le chapitre 20 demeurerait nécessaire pour le règlement des différends portant sur les engagements propres à l'*ALÉNA*. D'autre part, les lacunes dans les règles de sélection des membres des groupes spéciaux ont rendu leur formation extrêmement laborieuse.

Le problème résidait dans l'omission des parties de constituer la liste de personnes aptes à agir comme membre des groupes spéciaux, qui devait être adoptée par consensus puis renouvelée aux trois ans¹⁷. Les parties devaient sélectionner le président du groupe spécial par consensus, à défaut de quoi une partie tirée au sort pouvait le faire, tandis que chaque partie devait choisir deux membres de la nationalité de l'autre partie, à défaut de quoi les membres étaient tirés au sort à partir de la liste¹⁸. Une partie conservait certes le droit de sélectionner une personne n'apparaissant pas dans cette liste, mais dans ce cas l'autre partie pouvait la récuser sans motif¹⁹. Le défaut d'adopter ou de renouveler la liste par consensus a d'abord permis aux États-Unis d'étirer la phase de sélection des membres du groupe spécial — censée durer environ un mois — à six mois dans les deux premières affaires, puis quatorze mois dans la troisième, pour ensuite la bloquer complètement dans le conflit du sucre avec le Mexique²⁰. Cette dernière affaire illustre les lacunes du chapitre 20 et les problèmes complexes soulevés par l'enchevêtrement des mécanismes de règlement des différends internationaux économiques. Après avoir tenté sans succès de former un groupe spécial pour connaître de sa plainte concernant son accès au marché du sucre aux États-Unis, au titre des engagements pris dans l'*ALÉNA*, le Mexique a choisi d'imposer des contre-mesures à ces derniers en frappant d'une surtaxe les boissons gazeuses contenant du sirop de maïs riche en fructose. Ces contre-mesures ont à leur tour été contestées avec succès par les États-Unis, mais cette fois à l'OMC, qui a refusé de déclinier compétence malgré les procédures engagées en vertu de l'*ALÉNA*²¹. Au surplus, trois entreprises américaines du secteur agroalimentaire établies au Mexique ont réclamé avec succès des dommages-intérêts en vertu du mécanisme de RDIE de l'*ALÉNA*²². Pourtant, la plainte initiale du Mexique au titre du chapitre 20 n'a jamais pu être soumise à un groupe spécial en raison de l'obstruction des États-Unis. L'accès à la justice de l'*ALÉNA* était ainsi grandement miné par ces lacunes techniques concernant la sélection des membres des groupes spéciaux.

¹⁶ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2005.

¹⁷ *Ibid.*, art 2009(1); Simon Lester, Inu Manak et Andrej Arpas, « Access to Trade Justice : Fixing NAFTA's Flawed State-to-State Dispute Settlement Process » (2019) 18:1 World Trade Rev 63 à la p 67; Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 387.

¹⁸ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2011(1).

¹⁹ *Ibid.*, art 2011(3).

²⁰ *Ibid.*, art 2011(1); Lester, Manak et Arpas, *supra* note 17 aux pp 67-68.

²¹ *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool (Plainte des États-Unis)* (2006), Doc OMC WT/DS308/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel); Patricia Larios, « The Fight at the Soda Machine: Analyzing the Sweetener Trade Dispute Between the United States and Mexico Before the World Trade Organization » (2005) 20:3 Am U Int'l L Rev 649.

²² Voir *ADM c Mexique*, Sentence, (21 novembre 2007), Aff CIRDI n° ARB(AF)/04/05; *Cargill c Mexique*, Sentence, (18 septembre 2009) Aff CIRDI n° ARB(AF)/05/2; *Corn Products c Mexique*, Décision sur la responsabilité, (15 janvier 2008) Aff CIRDI n° ARB(AF)/04/01.

B. L'amélioration *in extremis* du chapitre 31 de l'ACÉUM

Dès le début de la renégociation de l'ALÉNA, les États-Unis ont exprimé le souhait de rendre le mécanisme général de règlement des différends moins contraignant que celui du chapitre 20²³. Dans cette perspective, le simple fait de maintenir le mécanisme sans le diluer constituait un gain pour le Canada et le Mexique. Cela explique pourquoi le mécanisme initialement convenu le 30 novembre 2018 dans le chapitre 31 de l'ACÉUM est une reproduction du chapitre 20, avec quelques avancées notables. L'utilisation des technologies de l'information est désormais prévue, tout comme la possibilité de convenir d'un groupe spécial de trois membres plutôt que cinq, ou encore de nouvelles règles de preuve et de procédure assurant la publicité des travaux des groupes spéciaux et leur pouvoir d'accepter de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*²⁴. À l'instar du mécanisme de l'OMC, un nouveau recours permet aussi à la partie défenderesse de demander au groupe spécial de se prononcer sur l'élimination de la mesure non conforme, lorsque la demanderesse le conteste et maintient ses contre-mesures²⁵.

L'avancée la plus notable de la version initiale du chapitre 31 de l'ACÉUM réside cependant dans l'inclusion des différends concernant l'application des chapitres 23 sur le travail et 24 sur l'environnement. La coopération relative à ces deux domaines et leurs liens avec le libre-échange étaient régis par l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*²⁶ (ANACT) et l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*²⁷ (ANACDE) qui prévoyaient leur propre mécanisme de règlement des différends distinct de celui du chapitre 20 de l'ALÉNA²⁸. Ces accords-parallèles avaient été négociés à la demande de la nouvelle administration Clinton, comme condition à la ratification de l'ALÉNA par les États-Unis²⁹. Ces mécanismes interétatiques spéciaux n'ont jamais été utilisés, mais les particuliers se sont fréquemment prévalus de leur droit de soumettre des communications au Secrétariat de la Commission de coopération environnementale (CCE) ou au Bureau administratif national (BAN) d'une partie en matière de travail³⁰. L'ACÉUM suit la pratique ultérieure des États-Unis — et celle plus récente du Canada — de régir ces questions dans un chapitre de l'accord de libre-échange plutôt que dans des accords distincts.

²³ David A Gantz, *An Introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement: Understanding the New NAFTA*, Cheltenham (RU), Edward Elgar, 2020 aux pp 21, 46 et 59-62 [Gantz, *Introduction*].

²⁴ ACÉUM, *supra* note 3 arts 31.4.7, 31.9.1a), 31.11 et 31.12.

²⁵ *Ibid*, art 31.19.3b).

²⁶ *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, 14 septembre 1993, RT Can 1994 n° 4 (entrée en vigueur : janvier 1994) [ANACT].

²⁷ *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, 32 ILM 1480, en ligne : *Commission de coopération environnementale* <cec.org> [ANACDE].

²⁸ ANACT, *supra* note 26, arts 27-41; ANACDE, *ibid*, arts 22-36. Voir généralement Armand de Mestral, « The Significance of the NAFTA Side Agreements on Environmental and Labour Cooperation » (1998) 15 *Ariz J Int'l & Comp L* 169.

²⁹ Armand de Mestral, « The North American Free Trade Agreement : A Comparative Analysis » (1998) 275 *Rec cours* 219 aux pp 252-255.

³⁰ CCE, *Registre des communications*, en ligne : <cec.org>. Le site web de l'ancienne Commission nord-américaine de coopération dans le domaine du travail contenait un registre des communications du public soumises en vertu de l'ANACDT mais il a été désactivé après son extinction par l'ACÉUM.

Le chapitre sur le travail oblige les parties à adopter et maintenir les droits énoncés notamment dans la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*³¹, alors que celui sur l'environnement les oblige à ne pas omettre d'appliquer et faire respecter de manière effective leurs lois environnementales fédérales par des actions ou des inactions soutenues ou récurrentes³². Cette limitation à la législation environnementale fédérale semble marquer un recul par rapport à l'*ANACDE* en ce qui concerne le Canada, puisque certaines provinces, dont le Québec, étaient aussi visées par celui-ci³³. Seule la législation fédérale est visée par le chapitre sur le travail en ce qui concerne les États-Unis et le Mexique, mais pas le Canada, ce qui marque un élargissement de sa portée à toute la législation provinciale, contrairement à l'*ANACT* qui ne visait que la législation de certaines provinces, incluant le Québec³⁴. Tout manquement au chapitre 23 ou 24 peut être soumis par une partie à un groupe spécial, suivant le mécanisme général du chapitre 31, mais uniquement après s'être prêté à des consultations obéissant à des règles spéciales³⁵. L'*ACÉUM* maintient par ailleurs la procédure éprouvée de soumission de communications du public au sujet d'une partie, auprès d'une autre partie dans le domaine du travail, ou du Secrétariat de la CCE dans le domaine de l'environnement³⁶. La CCE est d'ailleurs maintenue en place par un nouvel accord allégé qui remplace l'*ANACDE*, tandis que l'*ANACT* est simplement éteint³⁷. Par conséquent, les différends en matière de coopération dans les domaines du travail et de l'environnement ne sont plus relégués à un mécanisme parallèle, mais sont désormais traités sur le même pied que les différends commerciaux.

La véritable amélioration du mécanisme du chapitre 20 de l'*ALÉNA* est le fruit des conditions posées *in extremis* par le Congrès américain dans le processus de ratification de l'*ACÉUM*. Une série d'amendements au texte initial du chapitre 31 ont été convenus dans un protocole afin de renforcer le mécanisme général de règlement des différends³⁸. La pression du Congrès visait surtout à garantir l'application des chapitres sur le travail et l'environnement³⁹. Un problème propre à ces deux chapitres

³¹ Conférence internationale du travail, 86^e session (1998), en ligne : *Organisation internationale du travail* <ilo.org>.

³² *ACÉUM*, supra note 3, arts 23.3 et 24.2.

³³ *ANACDE*, supra note 27, art 41 et Annexe 41; *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, LRQ c M-35.2, art 2.

³⁴ *ACÉUM*, supra note 3, art 23.1, *sub verbo* « lois et règlements »; *ANACT*, supra note 26, art 46 et Annexe 46; *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, supra note 33 art 2; Charles-Emmanuel Côté, « La doctrine Gérin-Lajoie et le domaine du travail : une relation retrouvée », (2016) hors-série RQDI 205 aux pp 218-223.

³⁵ *ACÉUM*, supra note 3, arts 23.17 et 24.29-24.32. Les membres du groupe spécial autres que le président doivent dans ce cas avoir une compétence particulière dans le domaine du travail ou de l'environnement, selon le cas (*ibid.*, art 31.8.3).

³⁶ *Ibid.*, arts 23.11 et 24.27.

³⁷ *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, supra note 33, art 3; *Accord de coopération dans le domaine de l'environnement entre les gouvernements du Canada, des États-Unis et du Mexique*, 18 décembre 2018, RT Can 2020 n° 7, art 17(1).

³⁸ *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, supra note 3, art 7.

³⁹ Gantz, *Introduction*, supra note 23 aux pp 61 et 64.

est réglé en prévoyant une présomption simple que le manquement d'une partie a un effet sur le commerce ou l'investissement, condition qui a posé des difficultés dans une affaire mettant en cause un autre accord de libre-échange des États-Unis⁴⁰.

Deux nouveaux mécanismes de réaction rapide sont aussi créés entre le Mexique et chaque autre partie concernant le déni de certains droits des travailleurs dans des « installations particulières »⁴¹. Ces dernières sont des entreprises œuvrant dans les secteurs manufacturier, minier et des services⁴². Les seuls droits visés par ces mécanismes sont le droit à la liberté d'association et le droit à la négociation collective garantis par la législation fédérale mettant en œuvre le chapitre sur le travail⁴³. Une partie peut demander à un groupe spécial de réaction rapide d'examiner si une situation de déni de droits existe au sein d'une installation d'une autre partie et si des mesures correctives appropriées ont été prises⁴⁴. En l'absence de telles mesures, la demanderesse peut frapper spécifiquement l'entreprise fautive de mesures de réparation, pouvant aller de la suspension des préférences tarifaires, à des pénalités, voire au refus d'entrée des produits en cas de récidive⁴⁵. L'utilisation abusive de ces mécanismes bilatéraux peut-elle même faire l'objet d'une plainte au titre du chapitre 31, dont la sanction peut être sa suspension temporaire⁴⁶. Ces nouveaux mécanismes de réaction rapide ne visent donc pas le défaut général de l'État de légiférer dans le domaine du travail, couvert par le mécanisme général du chapitre 31, mais plutôt les pratiques propres à certaines entreprises, ce qui constitue une première dans un accord de libre-échange.

Les autres améliorations apportées *in extremis* au chapitre 31 répondent aux problèmes du chapitre 20 en facilitant la constitution des groupes spéciaux, ce qui profite cette fois aussi aux différends commerciaux⁴⁷. Les règles concernant l'adoption de la liste des personnes aptes à être nommées membres d'un groupe spécial sont grandement assouplies et ne permettent plus à une partie de l'empêcher⁴⁸. Plutôt que de devoir adopter impérativement la liste entière de trente personnes par consensus, chaque partie doit désigner au plus dix personnes et la liste peut ainsi être constituée d'un nombre moindre même si une partie refuse de le faire. Elle demeure

⁴⁰ David A Gantz et Sergio Puig, « The Scorecard of the USMCA Protocol of Amendment », *EJIL :Talk! Blog of the European Journal of International Law*, (23 décembre 2019) Voir *In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR (États-Unis c Guatemala)* (2017), para 164-197 (ALÉ République dominicaine – Amérique centrale – États-Unis, Groupe spécial chap 20), en ligne : *Office of the USTR* <ustr.gov>.

⁴¹ *ACÉUM*, *supra* note 3, Annexe 31-A et 31-B.

⁴² *Ibid*, arts 31-A.15 et 31-B.15. Les produits ou services fournis par ces entreprises doivent entrer en concurrence avec des produits ou services d'une autre partie.

⁴³ *Ibid*, arts 31-A.2 et 31-B.2. En ce qui concerne le Canada, cette restriction à la législation fédérale diminue grandement l'intérêt du mécanisme puisque l'essentiel des travailleurs est protégé par la législation provinciale.

⁴⁴ *Ibid*, arts 31-A.4 et 31-B.4.

⁴⁵ *Ibid*, arts 31-A.10 et 31-B.10.

⁴⁶ *Ibid*, arts 31-A.11 et 31-B.11.

⁴⁷ Une autre amélioration apportée *in extremis* au chapitre 31 consiste en la réduction du rôle de la Commission du libre-échange, dont la saisine après les consultations n'est plus une condition à la demande d'institution d'un groupe spécial. *Ibid*, art 31.5.

⁴⁸ *Ibid*, art 31.8.

en vigueur trois ans ou tant qu'une nouvelle désignation n'est pas effectuée, ce qui règle le problème de son non-renouvellement. L'obstruction du processus de désignation des membres du groupe spécial est aussi rendue plus difficile, puisqu'en cas d'inaction de la défenderesse dans la désignation des membres, la demanderesse peut le faire à sa place à partir de la liste⁴⁹. Le moyen le plus sûr de régler définitivement ces problèmes aurait sans doute été de désigner une autorité de nomination comme le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage ou le Directeur général de l'OMC, mais cette solution n'a pas été envisagée⁵⁰. Enfin, le droit des parties de récuser sans motif une personne ne figurant pas sur la liste est maintenant limité, puisqu'il ne peut être exercé lorsqu'aucune personne qualifiée et disponible sur la liste n'a l'expertise spécialisée nécessaire.

Ces solutions apportées aux problèmes du chapitre 20 de l'*ALÉNA* subissent déjà le test de la réalité, puisque les deux premiers différends commerciaux soumis à des groupes spéciaux en vertu du chapitre 31 ont conduit à l'adoption de rapports finaux concernant, d'une part, des mesures de sauvegarde imposées par les États-Unis et, d'autre part, certaines modalités de l'accès au marché des produits laitiers au Canada⁵¹. Washington a aussi déjà activé le nouveau mécanisme de réaction rapide en demandant à Mexico d'examiner des violations alléguées des droits des travailleurs dans une usine automobile située au Mexique⁵². Peu de temps avant, des travailleuses mexicaines ont soumis une première communication au bureau mexicain compétent concernant des manquements allégués des États-Unis au chapitre 23⁵³. La désaffection pour le mécanisme général de règlement des différends semble

⁴⁹ Des règles de procédures ont été adoptées par la Commission du libre-échange pour préciser les modalités de sélection des membres des groupes spéciaux lorsqu'une partie omet de désigner des personnes sur la liste et que cela entrave sa constitution. Commission du libre-échange de l'*ACÉUM*, *Règles de procédure pour le chapitre 31 (Règlement des différends)*, (2020), art 17, en ligne : *Secrétariat de l'ACÉUM* <can-mex-usa-sec.org>.

⁵⁰ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 67.

⁵¹ *Mesures de sauvegarde concernant certaines cellules photovoltaïques à base de silicium cristallin (Canada c États-Unis)* (2022), USA-CDA-2021-31-01 (Groupe spécial chapitre 31), en ligne : Secrétariat de l'*ACÉUM* <can-mex-usa-sec.org>; *Mesures d'attribution des contingents tarifaires laitiers (États-Unis c Canada)* (2021), CDA-USA-2021-31-01 (Groupe spécial chapitre 31), en ligne : Secrétariat de l'*ACÉUM* <can-mex-usa-sec.org>.

⁵² Thomas Kaplan, « The U.S. Asks Mexico to Investigate Allegations of Labor Violations at a G.M. Facility », *The New York Times* (12 mai 2021). Les États-Unis et le Mexique se sont entendus sur un train de mesures correctives concernant le déni des droits des travailleurs dans l'installation visée par la plainte. « Course of Remediation » (13 juillet 2021), en ligne : USTR <<https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/USMCA/Silao%20Course%20of%20Remediation%20FINAL%207.13.2021.pdf>>.

⁵³ Cette communication du public concernant des allégations de discrimination dans l'application d'un programme de travailleurs migrants fait suite à une autre soumise en 2016 au titre de l'*ANACT* et demeurée sans suite. Ryan H. Nelson, « Homegrown Discrimination », (2021) 12 Calif L Rev 1 aux pp 11-12. Voir *Amended Petition on Labor Law Matters Arising in the United States Submitted to the Labor Policy and Institutional Relations Unit through the General Directorate of Institutional Relations in the Secretariat of Labor and Social Welfare (STPS) regarding the Failure of the US Government to Effectively Enforce its Domestic Labor Laws and Promote the Elimination of Employment Discrimination in the H-2 Program in Violation of Chapter 23 of the United States – Mexico – Canada Agreement (USMCA)* (23 mars 2021), en ligne (pdf) : *Centro de los derecho del migrante* <cdmigrante.org>.

être chose du passé et le chapitre 31 l'*ACÉUM* pourrait connaître des jours meilleurs que le chapitre 20 de l'*ALÉNA*.

II. Le maintien des groupes spéciaux binationaux en matière de dumping et de subventionnement

Le mécanisme spécial du chapitre 19 de l'*ALÉNA* en matière de dumping et de subventionnement a fait l'objet de vives critiques aux États-Unis (II.A), mais il est néanmoins maintenu dans le chapitre 10 de l'*ACÉUM*.

A. Le mécanisme critiqué du chapitre 19 de l'*ALÉNA*

Le chapitre 19 de l'*ALÉNA* prévoyait un mécanisme spécial de règlement des différends unique dans les accords de libre-échange. Il permettait à une partie ou aux personnes privées touchées par l'imposition de droits antidumping ou compensateurs de choisir de demander à un groupe spécial binational de se substituer aux tribunaux nationaux pour exercer le contrôle judiciaire des déterminations finales des organismes d'enquêtes, au regard des critères d'examen du droit administratif de la partie concernée⁵⁴. Ce recours visait donc la conformité des droits avec la législation nationale de la partie les ayant imposés, ce qui diffère de façon importante des recours ouverts à l'OMC pour contester leur conformité ou celle d'une subvention avec les obligations internationales de ses membres⁵⁵. La distinction était importante puisque la décision du groupe spécial binational du chapitre 19 était exécutoire en droit interne comme un jugement des tribunaux nationaux : il pouvait maintenir la détermination finale ou la renvoyer à l'organisme d'enquête national pour qu'il fasse une nouvelle détermination compatible avec la décision⁵⁶. Cela signifie que la décision du groupe spécial binational pouvait mener au remboursement des droits perçus illégalement, contrairement aux droits perçus de manière illicite au regard des accords de l'OMC, qui doivent

⁵⁴ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1904(1), 1904(2), 1904(3) et Annexe 1911. Sur le mécanisme du chapitre 19 de l'*ALÉNA*, voir généralement David A. Gantz, « Resolution of Trade Disputes under NAFTA's Chapter 19 : The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico » (1998) 29 L & Pol'y Int'l Bus 297; de Mestral, *supra* note 29 aux pp 336-60; Robert E Burke et Brian F Walsh, « NAFTA Binational Panel Review : Should it Be Continued, Eliminated or Substantially Changed? » (1995) 20 Brook J Int'l L 529; Graham, *supra* note 6 aux pp 563-572. Les règles de procédures des groupes spéciaux binationaux et la législation de mise en œuvre du chapitre 19 font en sorte que les personnes privées peuvent exercer elles-mêmes le recours, sans le concours de leur partie d'origine. Charles-Emmanuel Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp 367-68 [Côté, *Participation*].

⁵⁵ Voir *Accord sur la Mise en Œuvre de l'Article VI de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994*, art 17, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3; *Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires*, art 30, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3; Dominique Carreau *et al.*, *supra* note 1 aux pp 337-64.

⁵⁶ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 1904(8) et 1904(9).

simplement être retirés pour le futur mais pas remboursés⁵⁷. Aucune disposition ne visait cependant l'articulation entre un recours entrepris sur la base du chapitre 19 et un autre concernant la même mesure soumis à l'OMC, ce qui signifie que les deux procédures pouvaient se chevaucher⁵⁸.

Le mécanisme du chapitre 19 était une reproduction quasiment identique du chapitre 19 de son prédécesseur, l'*ALÉ*⁵⁹. Il a une forte valeur symbolique pour le Canada, puisqu'il est le fruit d'un compromis entre son désir d'être soustrait aux mesures de défense commerciale des États-Unis et le refus ces derniers de l'accepter⁶⁰. L'imposition de droits antidumping et compensateurs demeure un problème commercial majeur pour l'accès des produits canadiens au marché américain et le fait de pouvoir éviter de recourir aux tribunaux américains pour les contester était apparu comme une solution de rechange acceptable pour le Canada, permettant de contourner leur biais présumé et de réduire le coût et les délais des procédures. Ce compromis avait sauvé les négociations de l'*ALÉ* et le chapitre 19 constituait aussi un élément central de l'*ALÉNA*⁶¹. Comme la décision des groupes spéciaux binationaux était finale, sans appel et exécutoire, elle soulevait des préoccupations d'ordre constitutionnel aux États-Unis et c'est pourquoi une procédure de contestation extraordinaire avait été prévue⁶². Celle-ci permettait à une partie de demander à un comité l'annulation de la décision pour des motifs graves comme l'inconduite d'un membre du groupe spécial, la violation d'une règle fondamentale de procédure ou l'excès de compétence, si cela a sensiblement influé sur la décision et menace l'intégrité du mécanisme du chapitre 19⁶³. Par ailleurs, une procédure était aussi prévue en cas de blocage du mécanisme par une partie, permettant à l'autre partie de soumettre la question à un comité spécial, pouvant mener à la suspension du chapitre 19 ou d'autres dispositions de l'*ALÉNA* à titre de contre-mesure⁶⁴.

⁵⁷ Le membre de l'OMC trouvé responsable d'avoir violé les accords de l'OMC doit seulement mettre sa mesure en conformité avec ceux-ci, ce qui signifie que seule une obligation de cessation du fait internationalement illicite pèse sur lui, mais aucune obligation de réparation du préjudice causé antérieurement par sa mesure illicite. *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, *supra* note 1, art 19; Côté, *Participation*, *supra* note 54 aux pp 113-24.

⁵⁸ En revanche, aucune plainte concernant le chapitre 19 ne pouvait être soumise au titre du mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*. *ALÉNA*, *supra* note 2, art 2004.

⁵⁹ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 377. Sur le chapitre 19 de l'*ALÉ*, voir généralement Eric J Pan, « Assessing NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication » (1999) 40 *Harv Int'l LJ* 379; Jordan B. Goldstein, « Dispute Resolution Under Chapter 19 of the United States Canada Free-Trade Agreement: Did the Parties Get What They Bargained For? » (1995) 31 *Stan J Int'l L* 275; Emmanuelle Saucier, « Les aspects procéduraux du mécanisme de règlement des différends en matière de dumping et de subventionnement » (1991) 25 *RJT* 523; Castel, *supra* note 4 aux pp 123-27.

⁶⁰ Gantz, *ibid* aux pp 376-77.

⁶¹ Theodore R. Posner et Nathan W. Cunningham, « Twenty-Five Years of NAFTA Panel Review of Trade Remedy Determinations: Is Chapter 19 Still Relevant? » (2020) 17:3 *TDM* à la p 1, en ligne : <transnational-dispute-management.com>.

⁶² Graham, *supra* note 6 à la p 567; Antoniou, *supra* note 8 aux pp 101-02.

⁶³ *ALÉNA*, *supra* note 2, art 1904.13 et Annexe 1904.13.

⁶⁴ *Ibid*, art 1905. Un troisième mécanisme était prévu par le chapitre 19 afin de permettre à une partie de demander à un groupe spécial de déterminer si les modifications apportées par une partie à sa législation

Contrairement au mécanisme du chapitre 20 de l'*ALÉNA*, la constitution des groupes spéciaux binationaux n'a généralement pas été problématique et le mécanisme a pu être utilisé fréquemment⁶⁵. Pas moins de 161 demandes d'examen ont été soumises de 1994 à 2020 au titre du chapitre 19 de l'*ALÉNA*⁶⁶. Les États-Unis ont été quatre fois plus visés par ces demandes (115) que le Canada (23) et le Mexique (23), alors que les demandeurs se sont répartis plus équitablement entre les Mexicains (61), les Canadiens (60) et les Américains (40). La procédure de contestation extraordinaire de la décision d'un groupe spécial binational a été employée seulement trois fois, sans succès, toujours par les États-Unis, la dernière fois remontant à 2004. Les conditions cumulatives strictes de cette procédure sont apparues difficiles à satisfaire pour obtenir gain de cause. Le mécanisme du chapitre 19 est clairement celui qui a été le plus utilisé des mécanismes de règlement des différends de l'*ALÉNA*, ce qui s'explique à la fois par le volume des affaires de dumping et de subventionnement et par sa saisine à la demande des personnes privées⁶⁷. Compte tenu de la nature des différends et des parties impliquées, les procédures des groupes spéciaux binationaux ont été d'emblée beaucoup plus transparentes que celles des autres mécanismes de l'*ALÉNA*⁶⁸.

Malgré son succès, le chapitre 19 a néanmoins soulevé la controverse, surtout aux États-Unis, après quelques affaires de grande envergure comme la querelle du bois d'œuvre avec le Canada. La principale critique, venue surtout d'organisations non gouvernementales (ONG) et d'opposants à l'*ALÉNA*, visait les membres des groupes spéciaux binationaux, dont la désignation ne respecte pas les exigences du droit constitutionnel américain, alors que certains sont étrangers, sans expérience judiciaire et que tous sont non imputables, contrairement aux juges américains⁶⁹. Cette critique s'est traduite par une série infructueuse de contestations constitutionnelles du chapitre 19 aux États-Unis, au motif que les membres étaient désignés sans l'avis et le consentement du Sénat et que les tribunaux américains étaient privés de leur compétence⁷⁰. Les groupes spéciaux binationaux seraient perçus — avec raison selon une étude empirique — comme étant moins enclins à confirmer les mesures de défense

sur le dumping ou le subventionnement étaient compatibles avec l'*ALÉNA* et les accords de l'OMC (*ibid*, art 1903).

⁶⁵ Dans certaines affaires, la désignation des membres a cependant été retardée par les parties. Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 383; Posner et Cunningham, *supra* note 61 à la p 6. Les groupes spéciaux binationaux sont composés de cinq membres de nationalité des parties concernées et désignés par celles-ci à partir d'une liste constituée à cette fin. Une partie peut récuser sans motif jusqu'à quatre candidats proposés par l'autre partie. *ALÉNA*, *supra* note 2, Annexe 1901.2.

⁶⁶ Secrétariat de l'*ACÉUM*, *Publications. Décisions et rapports*, en ligne : <can-mex-usa-sec.org>. En ce qui concerne l'*ALÉ*, 52 demandes d'examen avaient été soumises à un groupe spécial binational entre 1989 et 1994, dont 33 contre les États-Unis et 19 contre le Canada, alors que la procédure de contestation extraordinaire avait été employée sans succès à trois reprises par les États-Unis.

⁶⁷ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 375.

⁶⁸ *Ibid* à la p 379.

⁶⁹ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 381. Une autre critique concerne les risques accrus de conflits d'intérêts pour les membres des groupes spéciaux binationaux, comparés aux juges nationaux (*ibid* à la p 378).

⁷⁰ *Ibid*. Voir par ex *American Coalition for Competitive Trade v United States*, 128 F 3d 761 (DC Cir 1997); *Made in the USA Foundation v United States*, 242 F 3d 1300 (11th Cir 2001); *Coalition for Fair Lumber Imports Executive Committee v United States*, DC Cir, Aff n° 05-1366 (13 septembre 2005).

commerciale que le sont les tribunaux américains⁷¹. Leurs membres examineraient de manière plus approfondie les dossiers factuels, mais seraient moins qualifiés pour appliquer la norme de contrôle appropriée selon le droit national⁷². Par ailleurs, l'étude empirique de la contestation des déterminations finales américaines indique que jusqu'à 2003 toutes les demandes de révision ont été soumises au mécanisme du chapitre 19, alors que les tribunaux américains ont été préférés dans la majorité des cas après cette date⁷³. Cette controverse et la perte de popularité relative du chapitre 19 expliquent son abandon initial lors de la renégociation de l'*ALÉNA*.

B. Le sauvetage du mécanisme dans le chapitre 10 de l'*ACÉUM*

Dans leur accord de négociation initial, intervenu sans le concours du Canada, les États-Unis et le Mexique sont convenus d'abandonner le mécanisme du chapitre 19 de l'*ALÉNA*⁷⁴. Cette proposition de Washington a été acceptée sans états d'âme particuliers par Mexico. Il en allait autrement pour Ottawa, pour qui le maintien du chapitre 19 constituait une ligne rouge dans la renégociation, tant pour des raisons symboliques que pour continuer d'offrir ce recours somme toute efficace aux exportateurs canadiens⁷⁵. Le Canada a finalement réussi à sauver ce mécanisme unique dans le chapitre 10 de l'*ACÉUM*⁷⁶. Bien que le Mexique y ait renoncé dans un premier temps, le mécanisme d'examen par un groupe spécial binational des déterminations finales en matière de dumping et de subventionnement s'applique toujours à toutes les parties.

Compte tenu de son abandon initial et de la tardiveté de son sauvetage dans l'*ACÉUM*, le mécanisme du chapitre 19 de l'*ALÉNA* n'a pas fait l'objet d'une révision en profondeur afin de répondre aux critiques qui lui sont adressées⁷⁷. Les conditions cumulatives restrictives de la procédure de contestation extraordinaire sont un exemple d'un problème qui aurait pu être réglé par l'*ACÉUM*, afin de répondre à certaines critiques des États-Unis, tout comme celui du dédoublement des procédures avec les

⁷¹ Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 aux pp 382-83; Posner et Cunningham, *supra* note 61 à la p 12.

⁷² Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 à la p 383.

⁷³ Posner et Cunningham, *supra* note 61 aux pp 10 et 18-22. Le choix d'un groupe spécial ou des tribunaux nationaux peut toutefois s'expliquer par des considérations stratégiques liées aux pouvoirs plus limités des groupes spéciaux de donner des instructions aux organismes d'enquête nationaux, ou encore au fait que leurs rapports ne constituent pas des précédents obligatoires pour les autres groupes spéciaux ou pour les tribunaux nationaux.

⁷⁴ Gérald Fillion, « Mexique – États-Unis : la pression est forte sur le Canada », *Radio-Canada* (27 août 2018), en ligne : Radio-Canada <ici.radio-canada.ca>. Voir Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 56.

⁷⁵ Gantz, *Introduction*, *ibid* aux pp 55-56; Posner et Cunningham, *supra* note 61 aux pp 1-2.

⁷⁶ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 10.12 et Annexes 10-B.1 et 10-B.3. Le blocage du mécanisme par une partie peut toujours être soumis à un comité spécial (*ibid*, art 10.13 et Annexe 10-B.4). Le mécanisme d'examen de la compatibilité avec l'*ACÉUM* et les accords de l'OMC des modifications à la législation sur les droits antidumping et compensateurs est aussi maintenu (*ibid*, art 10.11 et Annexes 10-B.1 et 10-B.2).

⁷⁷ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 58. Pour une critique renouvelée de la compatibilité du chapitre 10 de l'*ACÉUM* avec les exigences du droit constitutionnel américain, voir John S. Baker et Lindsey Keiser, « NAFTA/USMCA Dispute Settlement Mechanisms and the Constitution » (2019) 50 *U Miami Inter-Am L Rev* 1.

recours à l'OMC⁷⁸. Seules quelques modifications mineures ont été apportées au chapitre 19, sans toucher au mécanisme d'examen par un groupe spécial binational⁷⁹. Contrairement à son prédécesseur, le chapitre 10 porte désormais sur toutes les mesures de défense commerciale, y compris les mesures de sauvegarde, mais ces dernières ne sont pas visées par le mécanisme des groupes spéciaux binationaux⁸⁰. Il énonce aussi des pratiques exemplaires relatives à la transparence et l'équité des procédures d'imposition de droits antidumping et compensateurs⁸¹. De nouvelles dispositions sont ajoutées sur la coopération entre les parties pour prévenir l'évasion douanière relative aux mesures de défense commerciale⁸². La renégociation de l'*ALÉNA* n'aura certes pas permis d'améliorer le fonctionnement du mécanisme des groupes spéciaux binationaux du chapitre 19, mais ce dernier en ressort finalement indemne.

III. Le relâchement du règlement des différends entre investisseur et État

Le mécanisme de RDIE du chapitre 11 de l'*ALÉNA* ayant soulevé la controverse tant chez les gouvernements qu'au sein de la société civile (III.A), il ne faut pas s'étonner qu'il soit partiellement abandonné par le chapitre 14 de l'*ACÉUM* sur l'investissement (III.B).

A. La controverse entourant le chapitre 11 de l'*ALÉNA*

Le chapitre 11 sur l'investissement constituait le chapitre le plus controversé de l'*ALÉNA*. Son prédécesseur, le chapitre 16 de l'*ALÉ*, prévoyait certes des règles de fond sur la protection des investissements étrangers — une première pour le Canada — mais aucun mécanisme de RDIE n'avait été inclus et seul le mécanisme général de règlement des différends s'y appliquait⁸³. L'inclusion du Mexique dans l'*ALÉNA* explique principalement pourquoi les parties ont choisi de prévoir le RDIE dans le chapitre 11, tablant sur la pratique conventionnelle bilatérale du Canada et des États-Unis⁸⁴. Le chapitre prévoyait des règles de fond plus complètes et le mécanisme

⁷⁸ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 58. L'*ACÉUM* maintient par ailleurs l'interdiction de recourir à son mécanisme général de règlement des différends pour tout ce qui touche au dumping et au subventionnement. *ACÉUM*, *supra* note 3, art 10.5.3.

⁷⁹ Affaires mondiales Canada, *Accord Canada – États-Unis – Mexique – Énoncé des mesures de mise en œuvre du Canada* (7 octobre 2020), en ligne : <international.gc.ca>; Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 56.

⁸⁰ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 10.1-10.3. L'*ACÉUM* maintient pour ses parties l'exemption de principe des mesures de sauvegarde globales qui était prévue par l'*ALÉNA*, sans reprendre son régime transitoire sur les mesures de sauvegarde bilatérales. Voir *ALÉNA*, *supra* note 2, art 801-805.

⁸¹ *ACÉUM*, *supra* note 3, Annexe 10-A.

⁸² *Ibid* art 10.6-10.7.

⁸³ *ALÉ*, *supra* note 4, arts 1601-11. Voir généralement Jean Raby, « The Investment Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement : A Canadian Perspective » (1990) 84 AJIL 394.

⁸⁴ Sur les programmes américain et canadien de traités bilatéraux d'investissement, voir généralement Kenneth J Vandeveld, *The First Bilateral Investment Treaties : U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties. The First Bilateral Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press,

du RDIE permettait désormais aux investisseurs de la zone de libre-échange nord-américaine de soumettre directement et sans condition auprès d'un tribunal arbitral leur demande de réparation du préjudice causé par la violation de celles-ci⁸⁵. Les parties consentaient à l'avance à l'arbitrage suivant les règles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)⁸⁶. Comme ses dispositions sur le RDIE étaient très détaillées et comportaient plusieurs innovations juridiques, comme un mécanisme de jonction de plaintes multiples ou la possibilité d'adopter des notes d'interprétations obligatoires⁸⁷, le chapitre 11 est devenu un modèle de référence marquant durablement la pratique conventionnelle du Canada, des États-Unis et du Mexique.

Avec le *Traité sur la Charte de l'énergie*⁸⁸, l'*ALÉNA* était le premier traité prévoyant le RDIE entre des pays industrialisés et cette caractéristique unique s'est rapidement traduite par un flot important de réclamations, souvent contre des mesures environnementales. L'affaire *Ethyl Corporation c. Canada*⁸⁹, première réclamation fondée sur le chapitre 11 et l'une des toutes premières affaires de RDIE au monde, a soulevé la controverse puisqu'elle visait une mesure restreignant le commerce d'un additif d'essence pour des motifs supposément environnementaux⁹⁰. Cette affaire est la première d'une série d'autres qui ont alarmé les gouvernements et la société civile sur les dérives possibles du chapitre 11 — et plus largement du RDIE — et son incidence sur le droit de légiférer dans l'intérêt général⁹¹. Le montant élevé des réclamations ou

2017; Robert K. Paterson, « Canadian Investment Promotion and Protection Treaties » (1991) 209 ACIDI 373; Kenneth J. Vandevelde, « The Bilateral Investment Treaty Program of the United States » (1988) 21 Cornell Int'l LJ 201.

⁸⁵ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1101-1139. Voir généralement Andrea K. Bjorklund, « NAFTA Chapter 11 » dans Chester Brown, dir, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 465; Côté, *Participation*, *supra* note 54 aux pp 250-308; Meg N Kinnear, Andrea K Bjorklund et John FG Hannaford, *Investment Disputes Under NAFTA : An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006; Todd Weiler, dir, *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practices and Future Prospects*, New York, Transnational Publishers, 2004; J. Christopher Thomas, « Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter 11 » (1999) 37 ACIDI 99; Anthony VanDuzer, « Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11 : The Shape of Things to Come » (1997) 35 ACIDI 263; Gary N Horlick et Alicia L Marti, « NAFTA Chapter 11B : A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments » (1997) 14 J Intl Arb 47; Daniel M Price, « An Overview of the NAFTA Investment Chapter : Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement » (1993) 27 Int'l Law 727.

⁸⁶ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1120 et 22. Voir *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 160; CIRDI, *Règlement du mécanisme supplémentaire*, Doc CIRDI n° 11 (2006), en ligne : <icsid.worldbank.org>; CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (2013), en ligne : <uncitral.un.org>.

⁸⁷ *ALÉNA*, *supra* note 2, arts 1126 et 1131(2).

⁸⁸ *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 2080 RTNU 95, art 26. Voir généralement Florence Poirat, « L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées » (1998) 102 RGDIP 45.

⁸⁹ Sentence sur la compétence (24 juin 1998), 38 ILM 708.

⁹⁰ Voir Geneviève Dufour, « L'impact du chapitre 11 de l'*ALÉNA* sur la capacité de l'État d'adopter des mesures protégeant l'environnement et la santé publique : les travaux récents de chercheurs en santé publique jettent un nouvel éclairage sur l'affaire Ethyl Corporation » (2013) 90 R du B can 561.

⁹¹ Voir par ex Gantz, « NAFTA », *supra* note 5 aux pp 369-75; Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Côté, *Participation*, *supra* note 54

leur caractère parfois frivole, de même que l'interprétation libérale ou souvent contradictoire des obligations des parties par les tribunaux arbitraux, ont alimenté cette controverse. La Commission du libre-échange de l'ALÉNA a dû adopter des notes d'interprétations obligatoires pour rectifier la pratique arbitrale émergente en ce qui concerne la norme minimale de traitement de la personne et des biens étrangers⁹². Le manque de transparence du RDIE a été décrié et des ajustements ont dû être apportés afin de faciliter la publicité des audiences, la soumission de mémoires d'*amicus curiae*, ainsi que la publication des sentences arbitrales et des autres documents de procédure⁹³. Cette méfiance a amené les gouvernements du Canada et des États-Unis à revoir leur pratique conventionnelle ultérieure en renforçant le droit de légiférer dans l'intérêt général dans leur traité-modèle⁹⁴. Elle a même conduit à la contestation infructueuse de la constitutionnalité du mécanisme du RDIE du chapitre 11 au Canada, au motif qu'il usurperait les fonctions traditionnelles des cours supérieures⁹⁵.

Le bilan de l'utilisation du mécanisme de RDIE du chapitre 11 est pourtant contrasté. Contrairement aux attentes initiales des parties, le Mexique est loin d'avoir été le seul visé par des réclamations d'investisseurs⁹⁶. Entre 1994 et 2020, c'est le Canada qui a été le plus visé avec vingt-neuf réclamations, toutes soumises par des investisseurs américains, ayant dû verser au total 180 millions de dollars américains à titre de dommage dans sept affaires, au terme de l'arbitrage ou dans le cadre d'un règlement amiable, alors que cinq affaires sont toujours pendantes. L'essentiel de ce montant est attribuable au règlement de 123 millions de dollars américain intervenu dans l'affaire *Abitibi/Bowater c. Canada*⁹⁷ concernant une expropriation directe sans indemnisation par la province de Terre-Neuve-et-Labrador. Le Mexique a été visé par vingt-quatre réclamations, soumises par des investisseurs américains (20) et canadiens

aux pp 265-304; Susan D Franck, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions » (2005) 73 *Fordham L Rev* 1521; Donald McRae, « Trade and Environment : Competition, Cooperation or Confusion? » (2003) 41 *Alta L Rev* 745; Lucien J Dooghe, « The Revenge of the Trail Smelter : Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement » (2001) 38 *Am Bus LJ* 475.

⁹² Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001, art 2, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <international.gc.ca>.

⁹³ Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, 7 octobre 2003, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <international.gc.ca>; Canada, *Déclaration du Canada sur l'ouverture au public des audiences d'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA*, 7 octobre 2003, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <international.gc.ca>; États-Unis, *Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations* 7 octobre 2013, en ligne : *USTR* <ustr.gov>; *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11, supra* note 92, art 1. Voir généralement J. Anthony VanDuzer, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation » (2007) 52 *McGill LJ* 681.

⁹⁴ Voir United States Trade Representative, *2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty (BIT)*, en ligne : <ustr.gov >; Canada, *Accord de promotion et de protection des investissements étrangers (APIE) type de 2004*, en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org> (version anglaise).

⁹⁵ Voir *Council of Canadians c Canada (PG)*, 2006 CanLII 40222, 277 DLR (4th) 527, 217 OAC 316, 149 CRR (2d) 290 (CA Ont), confirmant *R c Council of Canadians*, 2005 CanLII 28426 (CS Ont).

⁹⁶ Côté, *Participation, supra* note 54 à la p 266; de Mestral, *supra* note 29 aux pp 362-363. Voir CNUCED, *Investment Dispute Settlement Navigator*, en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org>.

⁹⁷ Sentence d'accord parties, Aff CIRDI n° UNCT/10/1 (ALÉNA chapitre 11, 15 décembre 2010).

(4), ayant dû verser un total de 186 millions de dollars en dommage au terme de l'arbitrage, alors que sept affaires sont toujours pendantes. À nouveau, il faut souligner que l'essentiel de ce montant, soit 168,80 millions de dollars américains est attribuable à l'indemnisation combinée versée aux trois entreprises agroalimentaires américaines qui ont soumis une réclamation dans le cadre du conflit du sucre entre le Mexique et les États-Unis⁹⁸. Pour leur part, ces derniers n'ont jamais perdu dans les dix-sept affaires qui ont été soumises au titre du chapitre 11 par des investisseurs canadiens (16) et mexicain (1). La réclamation colossale de 15 milliards de dollars américains de la pétrolière albertaine TransCanada, concernant le refus du projet de pipeline Keystone XL par l'administration Obama, montre toutefois que les États-Unis étaient aussi exposés aux risques du chapitre 11 avec leurs mesures environnementales⁹⁹. Même dans les affaires où elles ont eu gain de cause, le mécanisme de RDIE de l'ALÉNA a exigé des parties l'affectation d'importantes ressources humaines et financières afin d'assurer leur défense, sans compter les règlements amiables confidentiels qui pourraient être intervenus. Somme toute, ces chiffres apparaissent modérés lorsque mis en perspective avec les flux d'investissements entre les trois pays et spécialement entre le Canada et les États-Unis.

B. L'abandon partiel du RDIE dans le chapitre 14 de l'ACÉUM

Lors de la renégociation de l'ALÉNA, l'administration Trump s'est inscrite en faux contre la position traditionnelle des États-Unis de promouvoir le RDIE. Plutôt que d'y voir un mécanisme au service des intérêts des entreprises américaines, elle y voyait une menace pour la souveraineté des États-Unis et un encouragement à la délocalisation de ces entreprises et des emplois à l'étranger¹⁰⁰. La réclamation avortée dans l'affaire du projet Keystone XL a aussi rappelé l'exposition des États-Unis au risque de poursuite pour des mesures environnementales. Le chapitre 14 de l'ACÉUM est le résultat de cette nouvelle position américaine à l'égard du RDIE : il prévoit toujours des règles de fond sur la protection des investissements étrangers, mais il abandonne partiellement le RDIE¹⁰¹. Ces règles de fond ressemblent à celles du chapitre 11, avec

⁹⁸ Voir la discussion sur ce conflit commercial au texte correspondant à la note 22.

⁹⁹ *TransCanada c États-Unis*, Ordonnance de la Secrétaire générale prenant note de l'arrêt des procédures, Aff CIRDI n° ARB/16/21 (ALÉNA, 24 mars 2017). Cette réclamation a été retirée par l'investisseur canadien après l'autorisation ultérieure de son projet par l'administration Trump. Le projet a finalement été abandonné après un refus final de la part de la nouvelle administration Biden. Anne-Sophie Thill, « Le projet d'oléoduc Keystone XL est abandonné », *La Presse* (9 juin 2021), en ligne : <lapresse.ca>, « Le président Trump approuve le projet d'oléoduc Keystone XL », *Radio-Canada* (24 mars 2017), en ligne : <ici.radio-canada.ca>; Geneviève Normand et Samuel Danzon-CJ « Le président Obama dit non au pipeline Keystone XL » *Radio-Canada* (6 novembre 2015), en ligne : <ici.radio-canada.ca>.

¹⁰⁰ Gantz, *Introduction*, supra note 23 à la p 47; Simon Lester, « Brady-Lighthizer ISDS Exchange » (21 mars 2018), en ligne (blogue): *International Economic Law and Policy Blog* <worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2018/03/brady-lighthizer-isds-exchange.html>.

¹⁰¹ Voir généralement Érica Franzetti et Henry Defriez, « Navigating Investors' Rights under the USMCA » (2020) 17:3 TDM, en ligne : <transnational-dispute-management.com>; Lukasz Kulaga, « ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA » (2020) 17:3 TDM, en ligne : <transnational-dispute-management.com>; Daniel Garcia-Barragan,

les améliorations protégeant le droit de légiférer dans l'intérêt général qui se retrouvent dans les accords les plus récents du Canada et des États-Unis et spécialement dans l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*¹⁰² (PTPGP)¹⁰³.

La grande nouveauté du chapitre 10 de l'*ACÉUM* est l'abandon complet du RDIE dans les rapports entre le Canada et les États-Unis¹⁰⁴. Seul un régime transitoire est prévu, afin de permettre aux investissements réalisés avant cette date de continuer de bénéficier du RDIE du chapitre 11 pour une durée de trois ans à compter de l'extinction de l'*ALÉNA*¹⁰⁵. L'*ACÉUM* ne prévoit certes plus de mécanisme de RDIE dans les rapports entre le Canada et le Mexique, mais celui du *PTPGP* s'applique toujours entre les deux parties. L'abandon du RDIE, demandé par les États-Unis, constitue un gain net pour le Canada, dans la mesure où il ne sera plus exposé aux réclamations des investisseurs américains. L'investissement entre les deux pays ne disparaîtra naturellement pas, ni les différends relatifs à celui-ci. Les investisseurs lésés devront toutefois s'adresser désormais aux tribunaux nationaux pour obtenir réparation, ou leur réclamation devra être soumise par les parties au mécanisme général de règlement des différends du chapitre 31¹⁰⁶. Dans le premier cas, la question de l'équivalence de la protection offerte par le droit national se pose et reçoit une réponse négative au Canada, où la propriété privée ne jouit par exemple d'aucune protection constitutionnelle¹⁰⁷. Les investisseurs pourraient aussi être encouragés à investir davantage par le truchement d'une société située dans un pays tiers lié avec le Canada ou les États-Unis par un accord prévoyant le RDIE. Ce chalandage prévisible des traités rendra encore plus critique l'utilisation de la clause de refus des avantages, permettant de bloquer les réclamations des sociétés n'exerçant aucune activité économique substantielle dans le pays où elles sont constituées¹⁰⁸.

Dans le cas des rapports entre les États-Unis et le Mexique, le RDIE est maintenu, mais en partie seulement. Cela s'explique surtout par la volonté du président sortant Enrique Peña Nieto de protéger les importantes réformes réglementaires

Alexandra Mitreodis et Andrew Tuck, « The New NAFTA : Scaled-Back Arbitration in the USMCA » (2019) 36 *J Int'l Arb* 739.

¹⁰² *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018, art 1.1, incorporant l'*Accord de partenariat transpacifique*, 8 mars 2018, arts 1.1 et 9.1-9.17 (entrée en vigueur 30 décembre 2018), en ligne : Affaires mondiales Canada <international.gc.ca>.

¹⁰³ *ACÉUM*, *supra* note 3, art 14.1-14.17.

¹⁰⁴ *Ibid* Annexe 14-D, art 14.D.1, *sub verbo* « Partie à l'annexe ».

¹⁰⁵ *Ibid* Annexe 14-C. Ce régime transitoire vise aussi les rapports entre les États-Unis et le Mexique en ce qui concerne les investissements qui échapperont au régime général ou sectoriel de RDIE de l'*ACÉUM* (*ibid*, art 1.21).

¹⁰⁶ Charles-Emmanuel Côté, « Chronique de droit international économique. Investissement » (2018) 56 *ACDI* 424 aux pp 440-444.

¹⁰⁷ Voir Armand de Mestral et Robin Morgan, « Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration? » dans Armand de Mestral, dir, *Second Thoughts : Investor State Arbitration between Developed Democracies*, Waterloo (Ont), Centre for International Governance Innovation, 2017, à la p 155.

¹⁰⁸ Voir généralement Charles-Emmanuel Côté, « Piercing the Corporate Veil in International Investment Law : Problems with the Denial of Benefits Clause » dans Oonagh E. Fitzgerald, dir, *Corporate Citizen. New Perspectives on the Globalized Rule of Law*, Waterloo (Ont), Centre for International Governance Innovation, 2020, à la p 247.

apportées par son administration dans de nombreux secteurs-clés de l'économie du Mexique¹⁰⁹. Mais l'histoire troublée de la protection de la propriété américaine dans ce pays explique aussi sans doute le besoin de préserver le RDIE dans une certaine mesure. Un mécanisme général de RDIE est prévu entre les deux pays en ce qui concerne tous les investissements, mais seulement en cas de violation des clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée, à la phase post-investissement, ainsi que de la clause d'expropriation, mais uniquement pour l'expropriation directe¹¹⁰. Cette limitation réduit de façon significative l'utilité de ce régime général, puisque les allégations de manquement les plus fréquentes des investisseurs concernent le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte¹¹¹. Une nouvelle disposition ferme le RDIE aux investisseurs détenus par des personnes provenant d'un pays ayant une économie planifiée avec lequel les États-Unis ou le Mexique n'ont pas conclu d'accord de libre-échange, ce qui vise essentiellement la Chine¹¹². Une nouvelle condition procédurale vient aussi restreindre l'accès au RDIE : l'investisseur doit désormais soumettre sa réclamation aux tribunaux nationaux et obtenir une décision définitive ou poursuivre ses recours pendant 30 mois avant de pouvoir recourir au mécanisme général de RDIE¹¹³. Cette innovation, qui représente un ersatz de clause Calvo¹¹⁴, ralentit et alourdit certes l'accès à l'arbitrage international, mais pourrait aussi permettre le règlement judiciaire de certains différends, tout en éliminant les réclamations les plus frivoles. En revanche, elle risque de créer de nouvelles difficultés avec l'enchevêtrement de recours internes et internationaux¹¹⁵. L'ACÉUM codifie par ailleurs les améliorations apportées dans la pratique à l'ouverture et la transparence du RDIE du chapitre 11 de l'ALÉNA¹¹⁶.

Un mécanisme sectoriel de RDIE s'ajoute au mécanisme général entre les deux pays. Il permet les réclamations concernant la violation de toutes les règles de fond du chapitre 14, mais uniquement si l'investissement est réalisé au moyen d'un contrat d'État dans les secteurs du pétrole et du gaz, de l'électricité, des télécommunications, du transport, ou des infrastructures de transport routier, ferroviaire et des ponts ou canaux¹¹⁷. L'exclusion des infrastructures portuaires et aéroportuaires de ce régime est décriée par les milieux d'affaires américains, qui pourraient réévaluer

¹⁰⁹ Hugo Perezcano Diaz, « Trade in North America : A Mexican Perspective on the Future of North America's Economic Relationship » dans CIGI, dir, *The Future of North America's Economic Relationship : From NAFTA to the New Canada-United States-Mexico Agreement and Beyond*, CIGI Special Report, Waterloo (Ont), Centre for International Governance Innovation, 2019, aux pp 9-12.

¹¹⁰ ACÉUM, *supra* note 3, art 14.D.3.

¹¹¹ CNUCED, *Investment Dispute Settlement Navigator*, en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org>.

¹¹² ACÉUM, *supra* note 3, Annexe 14-D, art 14.D.1, *sub verbo* « demandeur ». Les pays à économie planifiée sont ceux considérés comme tels par la législation sur les recours commerciaux de la partie visée par la réclamation.

¹¹³ ACÉUM, *supra* note 3, Annexe 14-D, art 14.D.5 1b). Cette obligation tombe si le recours aux procédures internes est de toute évidence futile. L'investisseur américain perd cependant le droit d'utiliser le RDIE s'il invoque directement un manquement au chapitre 14 devant les tribunaux mexicains, plutôt qu'un manquement au droit mexicain.

¹¹⁴ Voir Carreau *et al*, *supra* note 1 aux pp 694-95.

¹¹⁵ Garcia-Barragan, Mitretodis et Tuck, *supra* note 101 aux pp 744-46.

¹¹⁶ ACÉUM, *supra* note 3, Annexe 14-D, arts 14.D.7 et 14.D.8.

¹¹⁷ *Ibid*, Annexe 14-E.

leurs projets d'investissement au Mexique dans ces secteurs¹¹⁸. Au surplus, la rareté des contrats d'État dans ces secteurs aux États-Unis fait en sorte que ce mécanisme sera dans les faits fermé aux investisseurs mexicains¹¹⁹. L'obligation de s'adresser d'abord aux tribunaux nationaux ne s'applique pas au mécanisme sectoriel de RDIE¹²⁰. Ses conditions d'accès procédurales ressemblent ainsi davantage à celles du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, à l'exception notable qu'il ne demeure ouvert que si la partie visée par la réclamation reste liée par au moins un autre traité prévoyant le RDIE¹²¹. Si le Mexique ou les États-Unis devaient abandonner le RDIE avec leurs autres partenaires conventionnels, leurs investisseurs perdraient ainsi le bénéfice du mécanisme sectoriel de RDIE de l'*ACÉUM*.

Au terme de la renégociation de l'*ALÉNA*, le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord n'apparaît pas fondamentalement transformé. Malgré plusieurs améliorations, particulièrement en matière de travail et d'environnement, le mécanisme général de règlement des différends de l'*ACÉUM* s'inscrit en continuité avec celui de son prédécesseur, alors que le mécanisme spécial d'examen par des groupes spéciaux binationaux des droits antidumping ou compensateurs est maintenu. En revanche le relâchement du RDIE dans l'*ACÉUM* constitue une rupture nette avec l'*ALÉNA* et l'approche habituelle du Canada et des États-Unis. Cette rupture s'inscrit dans la controverse qui entoure le RDIE de façon générale et, plus particulièrement, son adéquation avec les rapports entre pays industrialisés. Sur ce plan, un changement majeur a bien eu lieu et ses impacts restent à voir, tant en Amérique du Nord sur les flux d'investissement et le règlement des différends relatifs à l'investissement, que dans le reste du monde sur l'évolution de la pratique conventionnelle en la matière.

¹¹⁸ Gantz, *Introduction*, *supra* note 23 à la p 51.

¹¹⁹ Juan Miguel Alvarez, « The USMCA Revisited : The Beginning of the End for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Between Developed Countries... and Developing as well? » (2020) 17:3 TDM 1 aux pp 4-5.

¹²⁰ *ACÉUM*, *supra* note 3, Annexe 14-E, art 4.32.

¹²¹ *Ibid*, Annexe 14-E, art 2A-I(B) et 2B-I(B).

LE CHAPITRE 33 DE L'ACÉUM ET LA PRISE EN COMPTE DE LA MONNAIE DANS UN ACCORD COMMERCIAL : COMMENT FAIRE DU NEUF AVEC DU VIEUX?

*Bezahinibé Micheline Somda**, *Delphine Ducasse*** et *David Pavot****

Le chapitre 33 de l'ACÉUM sur les politiques macroéconomiques et questions relatives aux taux de change constitue un nouvel ajout au domaine des accords commerciaux régionaux. Celui-ci n'a donc pas de chapitre équivalent dans l'ALÉNA. Ces nouvelles dispositions semblent avoir été incluses à l'ordre du jour de renégociation à la demande des États-Unis à la suite de multiples manipulations monétaires effectuées au cours de la décennie 2003-2013 et à l'incapacité du Fonds monétaire international (FMI) d'encadrer les dévaluations monétaires compétitives. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un problème entre les trois États parties à l'ACÉUM, ce chapitre constituerait un modèle pour de futurs accords commerciaux. L'originalité de l'inclusion de dispositions sur les politiques macroéconomiques et les questions relatives aux taux de change dans un accord commercial régional ne s'étend pas entièrement au contenu de ces dispositions. En effet, la majorité des articles substantifs sont similaires aux dispositions non contraignantes figurant dans les *Statuts du FMI*. Toutefois, les États parties ont convenu de soumettre les exigences de transparence au mécanisme de règlement des différends de l'Accord, ajoutant ainsi une force de mise en œuvre qui n'existait pas auparavant dans d'autres fora. L'inclusion de ce chapitre dans l'ACÉUM démontre la volonté de certains États d'inclure de plus en plus de questions non commerciales dans les accords de libre-échange afin de bénéficier des solides mécanismes de règlement des différends qu'ils contiennent généralement. Il reste à voir si le chapitre 33 sera reproduit dans les futurs accords commerciaux.

CUSMA's Chapter 33 on Macroeconomic Policies and Exchange Rate Matters constitutes a new addition to the realm of preferential trade agreements and therefore had no equivalent chapter in *NAFTA*. The new provisions seem to have been included in the renegotiation agenda at the request of the United States following the multiple currency manipulations done in the 2003–2013 decade and the inability of the International Monetary Fund (IMF) to effectively regulate competitive devaluations. While this is not an issue between the three *CUSMA* parties, this chapter is seen as a model for future trade agreements. The originality of the inclusion of provisions on macroeconomic policies and exchange rate matters in a free trade agreement does not extend fully to the content of such provisions. The majority of the substantive articles resemble non-binding provisions found in the *IMF Articles of Agreement*. However, the parties agreed to subject the transparency requirements to the dispute settlement mechanism of the entire agreement, adding a layer of enforcement not found previously in other forums. The inclusion of this chapter in *CUSMA* demonstrates the will of some States to include more and more non-trade issues in free trade agreements in order to benefit from the strong dispute settlement mechanisms they generally contain. It remains to be seen if Chapter 33 will be reproduced in future trade agreements.

El Capítulo 33 del *T-MEC* sobre Políticas Macroeconómicas y Cuestiones de Tipo de Cambio es una nueva incorporación al área de acuerdos comerciales regionales. Por lo tanto, el *TLCAN* no tiene un capítulo equivalente. Estas nuevas disposiciones parecen haber sido incluidas en la agenda de renegociación a pedido de Estados Unidos luego de múltiples manipulaciones monetarias realizadas durante la década 2003-2013 y la incapacidad del Fondo Monetario Internacional (FMI) para regular las devaluaciones competitivas de la moneda. Aunque no es un problema entre los tres Estados parte del *T-MEC*, este capítulo brindaría un modelo para futuros acuerdos comerciales. La originalidad de incluir disposiciones sobre políticas macroeconómicas y cuestiones cambiarias en un acuerdo comercial regional no se extiende en su totalidad al contenido de estas

* Doctorante en droit et chargée de cours à la Faculté de droit l'Université de Sherbrooke. Coordinatrice de la Chaire de recherche sur l'antidopage dans le sport. (bezahinibe.micheline.somda@usherbrooke.ca).

** Doctorante en droit à l'Université de Sherbrooke (delphine.ducasse@usherbrooke.ca).

*** Professeur de droit international à l'Université de Sherbrooke. Titulaire de la Chaire de recherche sur l'antidopage dans le sport, École de gestion, Département de marketing, Université de Sherbrooke (david.pavot@usherbrooke.ca).

disposiciones. De hecho, la mayoría de los artículos sustantivos son similares a las disposiciones no vinculantes contenidas en el *Convenio Constitutivo del FMI*. Sin embargo, los Estados parte acordaron hacer que los requisitos de transparencia estén sujetos al mecanismo de resolución de diferencias del acuerdo, agregando una fuerza de cumplimiento que anteriormente no existía en otros foros. La inclusión de este capítulo en el *T-MEC* demuestra el deseo de algunos Estados de incluir cada vez más temas no comerciales en los acuerdos de libre comercio para beneficiarse de los sólidos mecanismos de resolución de diferencias que generalmente contienen. Queda por ver si el Capítulo 33 se replicará en futuros acuerdos comerciales.

Lors de l'entrée en vigueur de l'*ALÉNA*, certains auteurs s'étaient questionnés sur la capacité du Mexique à respecter une certaine orthodoxie monétaire afin de ne pas dévaluer sa monnaie à des fins compétitives¹. Cette inquiétude se nourrissait notamment de la pratique mexicaine postérieure à la Seconde Guerre mondiale². Depuis, force est de constater que ces inquiétudes étaient infondées puisque ni le Mexique ni les deux autres États parties au Traité n'ont procédé à de telles manipulations monétaires.

Dès lors, les taux de change ne paraissent pas être un enjeu de la renégociation forcée par le président Trump et lorsque le texte de l'*ACÉUM* fut publié, l'apparition d'un chapitre sur la monnaie fut une relative surprise, bien que l'influence des taux de change sur le commerce ait déjà été à l'agenda multilatéral³.

Historiquement, l'encadrement de la monnaie fut confié au Fonds monétaire international (FMI). Ayant la stabilité monétaire comme axiome, le système monétaire international mis en place au lendemain de la Seconde Guerre mondiale avait comme ambition de limiter très fortement les fluctuations monétaires par l'instauration d'un « code de conduite monétaire »⁴. Non seulement un système de taux de change fixes fut instauré, mais diverses interdictions, dont celle d'utiliser l'arme monétaire à des fins concurrentielles, furent introduites dans le traité. L'idée était d'user de l'outil juridique pour encadrer très fortement la marge de manœuvre des États⁵. La volonté des rédacteurs était fondée sur la guerre des monnaies de l'entre-deux-guerres, qui « avait été une cause d'instabilité, généré un risque extra commercial, encouragé les manipulations, contribué à la dépression et exacerbé les tensions » [notre traduction]⁶. En d'autres termes, l'effet de l'arme monétaire sur le commerce était bien connu. Toutefois, le raisonnement de l'époque ne visait pas à confier la gestion de la monnaie et du commerce à une seule et même institution, mais à mandater le trio Organisation internationale du commerce (OIC) — FMI — Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) de s'occuper de ces questions et coordonner leurs actions⁷. Or, la non-crédation de l'OIC empêcha cette idée de voir le jour.

¹ Arturo R Guillen, « Mexique : Régime de change et intégration monétaire dans l'*ALÉNA* » (2001) 1:10 *Continentalisation Cahier recherche 1*, en ligne : *Institut d'études internationales de Montréal* <www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/sept_1_2001guilln.pdf>.

² Voir par ex Léopold N Solis, « La balance des paiements du Mexique » (1963) 15 *Revue Tiers Monde* 435.

³ Voir par ex G7 Finance Ministers and Central Bank Governors, « Statement by G7 Finance Ministers and Central Bank Governors » (12 février 2013), en ligne : *G7 Information Centre* <www.g8.utoronto.ca/finance/fm130212.htm>.

⁴ Bien que l'expression soit largement reprise aujourd'hui par la doctrine, elle fut employée pour la première fois par Joseph Gold, *Le Fonds monétaire international et les transactions commerciales privées : quelques incidences juridiques des statuts*, Washington, Presses du FMI, 1966.

⁵ John Ruggie, « International regimes, transactions and change : embedded liberalism in the postwar economics » (1982) 36 *International Organization* 379.

⁶ Andreas F Lowenfeld, *International Economic Law*, 2^e éd, New York, Oxford University Press, 2008 à la p 622. Pour une analyse analogue, voir Dominique Carreau, *Le Système monétaire international — aspects juridiques*, Paris, Armand Colin, 1972 aux pp 73-74. [Traduction libre]

⁷ Sur ce point, voir Jean-Christophe Graz, *Aux sources de l'OMC : la Charte de La Havane (1941-1950)*, Genève, Droz, 1999 à la p 309.

Quelques années plus tard, en 1971, le système des taux de change fixes vola en éclats⁸ avec l'annonce américaine de cesser la convertibilité du dollar en or. En effet, l'augmentation par sept des dollars en circulation par rapport à 1945 et la chute du stock d'or détenu par les États-Unis avaient rendu intenable la parité⁹. Entériné par le second amendement aux *Statuts du Fonds monétaire international*¹⁰ (*Statuts du FMI*), le retour à un système de change flottant fut qualifié de recul de « la règle de droit »¹¹. Impossible entre 1945 et 1971, le risque de manipulation monétaire, fléau de l'entre-deux-guerres, redevint envisageable du jour au lendemain.

Diverses accusations furent portées à l'encontre de certains États. Ainsi, la Suisse et l'Espagne furent pointées du doigt en 1982¹², l'Italie, le Portugal ou encore le Royaume-Uni subirent le même traitement¹³, ou encore la Chine à intervalles réguliers¹⁴. Certains États jouent à ce point avec leur monnaie que la littérature scientifique n'hésite pas à dénoncer leur comportement. Ainsi, Dominique Carreau mentionne que « la Suisse, au début de l'année 2009, recourut à cette méthode en intervenant massivement sur le marché des changes afin de faire baisser le cours du franc par rapport à la monnaie européenne de façon à maintenir ses relations commerciales dans la zone euro »¹⁵.

Malgré l'impact qu'une dévaluation peut avoir sur le commerce, jamais le FMI n'a formellement reconnu que l'un de ses membres recourait à une telle pratique. D'un point de vue matériel, si les *Statuts* du Fonds prohibent la dévaluation compétitive à l'article I iii) et précisent, à la section I iii) de l'article IV, que chaque membre « évite de manipuler les taux de change [...] afin de s'assurer des avantages compétitifs inévitables », jamais ces derniers — ni les travaux préparatoires — ne donnent de balises quant à l'interprétation du terme. En outre, la pratique du consensus au sein des organes décisionnels du Fonds rend illusoire toute accusation à l'encontre d'un membre puisqu'il suffirait à son représentant de s'opposer pour annihiler toute prise de décision. Enfin, l'arsenal de sanctions très limité du Fonds rendrait la qualification purement symbolique.

Face à ce constat d'impuissance, certains auteurs ont tenté d'identifier d'autres options, notamment dans le cadre du système commercial multilatéral¹⁶. Or, le droit de

⁸ Pendant des années pourtant, les administrateurs du Fonds refusaient de voir une quelconque alternative à la convertibilité en or. Voir par ex Fonds monétaire international, *Rapport annuel*, Washington DC, Fonds monétaire international, 1962 à la p 62 : « [U]n système de changes flottant n'est pas une alternative satisfaisante au système de parité des monnaies ».

⁹ Jean-Marc Sorel, « L'évolution des systèmes de change » dans Patrick Daillier, Gérard de La Pradelle et Habib Ghérari, dir, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004 à la p 177.

¹⁰ *Statuts du Fonds monétaire international* (2011), en ligne (pdf) : *Fonds monétaire international* <www.imf.org/external/french/pubs/ft/aa/aa.pdf>.

¹¹ Dominique Carreau, *Le Fonds monétaire international*, Paris, Pedone, 2009 à la p 87 [Carreau, *FMI*].

¹² Dominique Carreau, « Chronique de droit international économique : Monnaie » (1982) 28 *AFDI* 775 à la p 777.

¹³ Carreau, *FMI*, *supra* note 11 à la p 83.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Voir notamment Geneviève Dufour, « La compétence de l'OMC en matière de change : le cas des dévaluations compétitives au regard de l'article XV du *GATT* » (2019) 2 *Rev DI & DC* 237. Voir aussi

l'Organisation mondiale du commerce (OMC) n'a pas été conçu pour répondre efficacement aux manipulations monétaires, et si des avenues sont envisageables, force est de constater qu'elles nécessiteraient d'être vérifiées par une contestation, notamment devant l'Organe de règlement des différends. Par ailleurs, les questions monétaires ne sont pas au centre de l'agenda actuel de négociation à l'OMC. Au niveau régional, hormis les expériences de monnaies uniques comme dans le cadre européen, rien ne paraît non plus adapté à un encadrement des dévaluations compétitives.

Pourtant, les manipulations de taux de change peuvent générer des déséquilibres importants et avoir, par ricochet, un effet commercial. En effet, si un État décide de faire perdre artificiellement de la valeur à sa devise, il va, *de facto*, rendre ses exportations plus attractives, car elles coûteront moins cher aux étrangers. Dans cette situation, il se pourrait que d'autres États soient tentés de réagir eux aussi en procédant de manière analogue. Cette situation a d'ailleurs prévalu entre les deux guerres mondiales, en particulier entre les États-Unis et l'Angleterre¹⁷.

Face à l'inaction du FMI, l'idée d'encadrer de telles pratiques par le biais des accords commerciaux régionaux apparaît moins saugrenue que de prime abord, d'autant plus que le système commercial international est plus contraignant notamment grâce aux mécanismes de règlement des différends. Au surplus, le fait de présenter un tel chapitre sans qu'il soit un enjeu pour les négociateurs a pu faciliter son inclusion. Au contraire, il semble même que le Canada ne voyait pas non plus de telles dispositions d'un mauvais œil, si l'on se fie aux déclarations antérieures du gouverneur de la Banque centrale du Canada¹⁸.

Ainsi, l'avant-dernier chapitre de l'*ACÉUM* concerne, comme son titre l'indique, les politiques macroéconomiques et les questions relatives aux taux de change. Il n'y avait pas de dispositions équivalentes dans l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*; il s'agit donc d'un chapitre entièrement nouveau. L'*ACÉUM* est d'ailleurs le premier accord commercial à contenir un chapitre sur les politiques macroéconomiques et les questions relatives aux taux de change. Qu'est-ce qui a poussé les États parties à inclure un tel chapitre lors de la renégociation de l'*ALÉNA*?

Ainsi, le contenu du chapitre 33 de l'*ACÉUM* ressemble à certaines dispositions non contraignantes¹⁹ figurant dans les *Statuts du FMI*, mais il se distingue

Marc Aubouin et Michelle Ruta, « The relationship between exchange rates and trade : a review of literature » (2011) OMC, Staff Working paper ERSD-2011-17; Carlos A Primo Braga et Athanasios Kondis, « Exchange rates and trade : Should the WTO get involved? », Dialogue on globalization series, IMD, décembre 2014, en ligne : [IMD <www.imd.org/research-knowledge/articles/dialogues-on-globalization-series-exchange-rates-and-trade-should-the-wto-get-involved/>](http://www.imd.org/research-knowledge/articles/dialogues-on-globalization-series-exchange-rates-and-trade-should-the-wto-get-involved/).

¹⁷ Carreau, *FMI*, *supra* note 11 à la p 80; Voir par ex « Treasury averted world money war », *New York Times* (18 juin 1935), en ligne : www.nytimes.com/1935/06/18/archives/treasury-averted-world-money-war-morgenthau-action-in-saving-the.html.

¹⁸ The Canadian Press, « Carney says Canada particularly vulnerable to currency manipulation », *MacLean's* (12 février 2013), en ligne : [www.macleans.ca/news/carney-says-canada-particularly-vulnerable-to-currency-manipulation/>](http://www.macleans.ca/news/carney-says-canada-particularly-vulnerable-to-currency-manipulation/).

¹⁹ Gouvernement du Canada, « Accord Canada-États-Unis-Mexique : Énoncé des mesures de mise en œuvre du Canada » (dernière modification le 7 octobre 2020), en ligne : [Gouvernement du Canada <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-)

en soumettant les exigences de transparence au mécanisme de règlement des différends de l'ensemble de l'Accord. Même si ce chapitre ne modifiera pas les politiques monétaires des parties, puisqu'elles se conforment déjà à toutes les obligations qu'il contient, l'inclusion d'un tel chapitre constitue en soi un pas en avant vers une meilleure réglementation des transactions monétaires internationales. Il semble donc que l'ACÉUM soit, notamment en raison de ce qu'il ne dit pas, un chapitre pouvant être repris dans certains accords (I) bien que son apport demeure modeste (II).

I. Les non-dits : le chapitre 33, un cheval de Troie pour les futurs accords ?

Lorsque l'ALÉNA a été initialement conclu en 1993, les politiques macroéconomiques et les questions relatives aux taux de change ne faisaient pas partie de l'ordre du jour des négociations, et aucun chapitre sur ces questions n'a donc été inclus dans l'accord final. Plus largement, si l'utilisation de la monnaie à des fins commerciales était bien connue depuis la guerre des monnaies de l'entre-deux-guerres, le début des années quatre-vingt-dix a vu la structuration du commerce s'effectuer de manière plus compartimentée avec la monnaie ou la finance. La question se pose alors de savoir pourquoi le Mexique, le Canada et surtout les États-Unis ont insisté pour intégrer un tel chapitre dans une version renouvelée de l'ALÉNA. Les États-Unis semblent en effet être le pays instigateur, ayant, dès 2017, comme objectif de négociation commerciale de « *[t]hrough an appropriate mechanism, ensure that the NAFTA countries avoid manipulating exchange rates in order to prevent effective balance of payments adjustment or to gain an unfair competitive advantage* »²⁰.

Les États-Unis avaient déjà tenté de lier les questions de politiques monétaires au commerce international lors de la négociation du Partenariat transpacifique, réussissant à faire annexer à l'Accord une déclaration conjointe des autorités de politique macroéconomique²¹. Toutefois, signe que les États-Unis étaient les véritables initiateurs d'une telle déclaration, celle-ci n'a pas été reprise par la suite dans l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, conclu après le retrait des États-Unis par le président Trump. L'ACÉUM est donc le premier accord de libre-échange connu à couvrir les politiques macroéconomiques et de taux de change²².

ACÉUM/implementation-mise_en_oeuvre.aspx?lang=fra> [Gouvernement du Canada, « Accord Canada-États-Unis-Mexique »].

²⁰ « Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation » (Novembre 2017) à la p 17, en ligne (pdf) : *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Nov%20Objectives%20Update.pdf>.

²¹ Le chapitre 33 de l'ACÉUM est très similaire à la Déclaration conjointe, réitérant des engagements similaires : « Joint Declaration of the Macroeconomic Policy Authorities of Trans-Pacific Partnership Countries » (2015), en ligne (pdf) : *US Department of the Treasury* <www.treasury.gov/initiatives/Documents/TPP_Currency_November%202015.pdf>.

²² Stephanie Segal, « USMCA Currency Provisions Set a New Precedent » (5 octobre 2018), en ligne : *Center for Strategic and International Studies* <www.csis.org/analysis/usmca-currency-provisions-set-new-precedent>.

A. Manipulations monétaires

Cet objectif de négociation de la part des États-Unis peut s'expliquer par les multiples manipulations monétaires qui ont eu lieu entre 2003 et 2013, où certains pays ont maintenu leur monnaie sous-évaluée pour gagner en compétitivité internationale et en excédents commerciaux. Au cours de cette décennie, les pays manufacturiers d'Asie, les exportateurs de pétrole et les centres financiers, comme la Suisse et Singapour, sont intervenus massivement sur les marchés des changes, la Chine étant le plus grand manipulateur²³. Selon le Peterson Institute for International Economics, les États-Unis ont été les plus grands perdants, voyant leur déficit commercial augmenter de 200 à 500 milliards de dollars²⁴. Sous le président Obama, lors du renouvellement de la Trade Promotion Authority (TPA) en 2015²⁵, deux objectifs de négociation commerciale liés à la monnaie ont donc été ajoutés²⁶. Les onzième et douzième objectifs énoncent que les « *parties to a trade agreement with the United States [shall] avoid manipulating exchange rates in order to prevent effective balance of payments adjustment or to gain an unfair competitive advantage over other parties to the agreement* » et que les États-Unis

*[will] seek to establish accountability through enforceable rules, transparency, reporting, monitoring, cooperative mechanisms, or other means to address exchange rate manipulation involving protracted large scale intervention in one direction in the exchange markets and a persistently undervalued foreign exchange rate to gain an unfair competitive advantage in trade over other parties to a trade agreement*²⁷.

Cela explique en partie pourquoi les États-Unis ont été enclins à promouvoir les dispositions relatives aux devises dans les accords de libre-échange négociés après 2015, comme le *Partenariat transpacifique* et l'*ACÉUM*, mais aussi les accords commerciaux avec la Corée du Sud et la Chine²⁸.

B. Modèle pour les accords futurs

Outre leur objectif général de négociation commerciale inscrit dans la TPA et le fait que le FMI ne dispose pas des outils nécessaires pour empêcher les

²³ C Fred Bergsten, « A positive step in the USMCA : Countering Currency manipulation » (4 octobre 2018), en ligne : *Peterson Institute for International Economics* <www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/positive-step-usmca-countering-currency-manipulation>.

²⁴ C Fred Bergsten et Joseph E Gagnon, « Currency Manipulation, the US Economy and the Global Economic Order » (2012) Peterson Institute for International Economics Policy Brief No 12-25 à la p 1, en ligne : *Peterson Institute for International Economics, Policy Brief PB12-25* <www.piie.com/publications/policy-briefs/currency-manipulation-us-economy-and-global-economic-order>.

²⁵ La loi précédente avait été promulguée en 2002.

²⁶ Bergsten, *supra* note 23.

²⁷ *Trade Priorities and Accountability Act of 2015*, 19 USC 4201, art 102.

²⁸ L'accord avec la Chine n'est pas un accord de libre-échange à *proprement parler*, puisque la grande majorité des droits de douane entre les deux pays seront maintenus et que les principes fondamentaux du libre-échange ne sont pas inclus dans l'accord. Voir Geneviève Dufour et Delphine Ducasse, « "America First" and the Return of Economic Isolationism and Nationalism to the United States: A Historic Turning Point for International Trade Law » (2020) 57 *ACDI* 223 aux pp 234-235.

dévaluations compétitives, les États-Unis semblent avoir insisté pour un chapitre sur les politiques macroéconomiques afin de créer un modèle pour les futurs accords commerciaux. En effet, étant donné que les États-Unis, le Canada et le Mexique ont tous un régime de taux de change flottant et répondent déjà aux exigences de transparence édictées dans le chapitre, l'impact réel du chapitre sur les politiques et pratiques actuelles des trois pays est presque inexistant²⁹. Dans sa déclaration de mise en œuvre, le Canada mentionne d'ailleurs à propos du chapitre 33 que « la mise en œuvre de ce chapitre n'exige aucune modification aux lois canadiennes »³⁰.

Le phénomène de la modélisation conventionnelle est de plus en plus répandu en droit économique international. Il peut être défini comme l'adoption d'un ensemble de dispositions, à titre indicatif, afin de fournir un cadre à une future négociation bilatérale³¹. Cette technique est particulièrement présente dans le domaine du droit des investissements avec les modèles de traités bilatéraux d'investissement (TBI). Les États-Unis ont élaboré leur premier modèle de TBI en 1981 en réponse à l'expansion du commerce international et à l'absence de protection internationale des investissements. Il a été utilisé lors de la négociation d'accords avec l'Égypte et le Panama, entre autres³².

Depuis lors, le modèle de TBI des États-Unis a été révisé à plusieurs reprises, notamment en 2004 et en 2012³³. L'une des raisons qui ont conduit à la révision de 2004 était la nécessité d'assurer la cohérence du modèle avec les accords de libre-échange récemment négociés, notamment l'*ALÉNA*, qui contient un chapitre sur l'investissement. Si le modèle d'accord bilatéral d'investissement est fréquemment utilisé par les États-Unis dans les négociations bilatérales, on constate aujourd'hui une tendance mondiale à utiliser également des modèles conventionnels. En effet, outre les pays développés comme le Canada, la France et les Pays-Bas, de nombreux pays comme le Maroc, le Brésil, la Colombie, l'Équateur, l'Inde et le Nigeria ont récemment adopté des modèles de traités bilatéraux d'investissement³⁴.

Le concept de modélisation conventionnelle a également été utilisé par les États-Unis dans les accords de libre-échange. Après l'impasse des négociations agricoles lors du Cycle d'Uruguay menant à la création de l'Organisation mondiale du commerce, les États-Unis ont conclu des accords de libre-échange bilatéraux avec Israël et le Canada, et plus tard avec le Mexique dans le cadre de l'*ALÉNA*. Pour certains, cette propension des États-Unis au régionalisme s'explique comme une

²⁹ Bergsten, *supra* note 23; Segal, *supra* note 22.

³⁰ Gouvernement du Canada, « Accord Canada-États-Unis-Mexique », *supra* note 19.

³¹ Patrick Juillard, *L'évolution des sources du droit des investissements*, recueil de cours, Académie de droit international de La Haye, No 250:6, 1994 à la p 120.

³² Kenneth J Vandeveld, « The Bilateral Investment Treaty Program of the United States » (1988) 21 *Cornell Intl LJ* 201 à la p 210.

³³ US Department of State, communiqué, « United States Concludes Review of Model Bilateral Investment Treaty » (Avril 2012), en ligne: *US Department of State* <2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188198.htm>.

³⁴ Suzy Nikiéma, « Élaborer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis » (décembre 2018), en ligne (pdf) : *Institut international du développement durable* <www.iisd.org/system/files/material/model-investment-treaty-webinar-note-fr.pdf>.

stratégie visant à offrir un modèle de ce qui pourrait être négocié au plan multilatéral, notamment en ce qui concerne le commerce des services et les droits de propriété intellectuelle³⁵. Après l'entrée en vigueur de l'ALÉNA en 1994, la négociation d'accords de libre-échange régionaux et bilatéraux est devenue l'un des moyens utilisés par l'administration Bush pour promouvoir la libéralisation du commerce, les États-Unis ayant de la difficulté à atteindre leurs objectifs au plan multilatéral³⁶. L'approche de la « libéralisation compétitive » a alors été développée, la théorie sous-jacente étant que les efforts régionaux et bilatéraux dynamiseraient et orienteraient les négociations à l'OMC³⁷. Afin d'atteindre cet objectif et d'imposer leur programme commercial dans le monde entier, les accords de libre-échange conclus par les États-Unis devaient être assez similaires, d'où les modèles d'accords de libre-échange³⁸.

Comme indiqué ci-dessus, si l'on considère que le chapitre 33 de l'ACÉUM a un impact limité sur les trois États parties en raison de leur taux de change flottant déjà existant et de leurs exigences en matière de transparence, il est raisonnable de supposer que ce chapitre servirait de modèle pour les futurs accords négociés par les États-Unis, notamment avec les pays figurant sur la liste de surveillance du Trésor américain des principaux partenaires commerciaux qui méritent une attention particulière à leurs pratiques monétaires, tels que le Japon, la Chine, la Corée du Sud et l'Allemagne³⁹. Le chapitre 33 de l'ACÉUM a déjà été utilisé comme modèle dans la phase 1 de l'accord avec la Chine, qui avait été désignée comme un « manipulateur de devises » par le département du Trésor des États-Unis en 2019⁴⁰. En effet, le chapitre 5 de l'accord avec la Chine, intitulé « *Macroeconomic policies and exchange*

³⁵ C O'Neal Taylor, « Of Free Trade Agreements and Models » (2009) 19:3 *Int'l & Comp L Rev* 569 à la p 571.

³⁶ *Ibid* à la p 576.

³⁷ *Ibid*.

³⁸ *Ibid* à la p 577.

³⁹ David A Gantz, *An Introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement: Understanding the New NAFTA*, Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2020 à la p 217; Segal, *supra* note 22. La liste complète est : Chine, Allemagne, Irlande, Italie, Japon, Corée du Sud, Malaisie, Singapour, Suisse et Vietnam : US Department of the Treasury, communiqué de presse, « Treasury Releases Report on Macroeconomic and Foreign Exchange Policies of Major Trading Partners of the United States » (13 Janvier 2020), en ligne : [US Department of the Treasury <home.treasury.gov/news/press-releases/sm873#:~:text=Treasury%20found%20that%20ten%20major,Singapore%2C%20Switzerland%2C%20and%20Vietnam>](https://www.treasury.gov/news/press-releases/sm873#:~:text=Treasury%20found%20that%20ten%20major,Singapore%2C%20Switzerland%2C%20and%20Vietnam).

⁴⁰ Cette désignation a été annulée quelques jours avant la signature de l'accord entre la Chine et les États-Unis. Le Trésor américain avait alors déclaré que « *China has made enforceable commitments to refrain from competitive devaluation and not target its exchange rate for competitive purposes and has also agreed to publish relevant information related to exchange rates and external balances* » : US Department of the Treasury, communiqué de presse, « Treasury Designates China as a Currency Manipulator » (5 août 2019), en ligne : [US Department of the Treasury <home.treasury.gov/news/press-releases/sm751>](https://www.treasury.gov/news/press-releases/sm751); Andrea Shalal et Alexandra Alper, « U.S. Treasury drops China currency manipulator label ahead of trade deal signing » (13 Janvier 2020), en ligne : [Reuters <www.reuters.com/article/us-usa-trade-china-idUSKBN1ZC2FV>](https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-china-idUSKBN1ZC2FV); US Department of the Treasury, « Macroeconomic and Foreign Exchange Policies of Major Trading Partners of the United States » (Janvier 2020) aux pp 1–2, en ligne (pdf) : [US Department of the Treasury <home.treasury.gov/system/files/136/20200113-Jan-2020-FX-Report-FINAL.pdf>](https://www.treasury.gov/system/files/136/20200113-Jan-2020-FX-Report-FINAL.pdf) [US Department of the Treasury, « Macroeconomic and Foreign Exchange Policies »].

rate matters and transparency», est extrêmement similaire au chapitre 33 de l'ACÉUM, à l'exception de quelques différences mineures. Les parties s'engagent dans les dispositions générales « *to refrain from competitive devaluations and the targeting of exchange rates for competitive purposes* »⁴¹. Les engagements concernant les pratiques en matière de taux de change sont à peu de choses près identiques, à l'exception de l'obligation d'informer les autres parties lorsqu'une intervention a été effectuée, qui n'est présente que dans l'ACÉUM⁴². Les exigences de transparence sont également analogues dans les deux accords⁴³.

L'accord avec la Chine reste à ce jour le seul exemple d'utilisation du chapitre 33 de l'ACÉUM comme modèle, même si des contre-exemples existent puisque les accords avec la Corée et le Japon ne comportent pas de telle clause⁴⁴. Lors de la négociation de l'accord avec la Corée, la question de la manipulation des devises a effectivement été abordée. Le représentant des États-Unis au commerce a même déclaré en 2018 que « *an agreement is being finalized on robust provisions to prohibit competitive devaluation and exchange rate manipulation in order to promote a level playing field for trade and investment* »⁴⁵. Si l'accord final ne contient pas de telles dispositions, la Corée du Sud a commencé en mars 2019 à déclarer publiquement ses interventions sur le marché des changes⁴⁶.

À la lumière de la pratique de modélisation conventionnelle des États-Unis dans le passé et de son impact limité sur les États parties à l'ACÉUM, le chapitre 33 semble avoir été créé pour servir de modèle aux futures négociations des États-Unis, en particulier avec les pays susceptibles de manipuler leur monnaie à des fins de concurrence.

⁴¹ *Economic and Trade Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China*, 15 janvier 2020, art 5.1.4, en ligne (pdf) : *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/phase%20one%20agreement/Economic_And_Trade_Agreement_Between_The_United_States_And_China_Text.pdf> [*Economic and Trade Agreement USA-China*].

⁴² *Ibid*, art 5.2; *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1 juillet 2020), art 33.4, en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-ACÉUM/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [*ACÉUM*].

⁴³ La seule différence entre les deux articles sur la transparence est l'obligation ajoutée dans l'ACÉUM de divulguer les interventions mensuelles dans le marché des changes au comptant et le marché des contrats de change à terme : *ACÉUM*, *supra* note 42, art 33.5; *Economic and Trade Agreement USA-China*, *supra* note 41, art 5.3.

⁴⁴ US Department of the Treasury, « *Macroeconomic and Foreign Exchange Policies* », *supra* note 40 à la p 5.

⁴⁵ « *New U.S. Trade Policy and National Security Outcomes with the Republic of Korea* » (mars 2018), en ligne: *Office of the United States Trade Representative* <ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2018/march/new-us-trade-policy-and-national>.

⁴⁶ US Department of the Treasury, « *Macroeconomic and Foreign Exchange Policies* », *supra* note 40 à la p 1.

II. Les dits : entre un encadrement modeste et la transparence

Comme le décrit le gouvernement canadien, le chapitre 33 de l'*ACÉUM*

comprend des engagements non contraignants relatifs à la politique de change et à la poursuite du dialogue entre les Parties sur les politiques macroéconomiques et de change, ainsi que des engagements exécutoires visant à assurer un degré élevé de transparence et l'établissement de rapports publics sur certains facteurs qui sont susceptibles d'influer sur le cours des taux de change et d'autres questions macroéconomiques⁴⁷.

Les parties ont toutefois limité le champ d'application du chapitre en excluant « les activités de réglementation ou de surveillance, à la politique monétaire, à la politique de crédit connexe et les activités qui s'y rattachent, d'une autorité monétaire, budgétaire ou responsable des taux de change d'une Partie »⁴⁸, excluant ainsi les politiques monétaires mondiales. Cela était nécessaire pour que la Réserve fédérale américaine conserve une certaine souplesse dans la conduite de politiques monétaires expansionnistes pour stimuler l'économie si nécessaire⁴⁹.

Trois domaines couverts par le chapitre 33 de l'*ACÉUM* méritent une attention particulière : la définition de la dévaluation compétitive, les obligations liées à la manipulation des taux de change et les exigences de transparence.

A. Définition de la dévaluation compétitive

L'une des innovations du chapitre 33 de l'*ACÉUM* est la définition de la dévaluation compétitive. En effet, si la dévaluation compétitive entre naturellement dans le champ de compétence du FMI, ce dernier ne l'a jamais définie explicitement, n'a jamais qualifié officiellement une dévaluation de compétitive. Outre l'absence de définition dans les *Statuts du FMI* eux-mêmes⁵⁰, la mise en œuvre d'un régime de « flottement généralisé de la monnaie »⁵¹ en 1978 rend difficile la qualification d'une dévaluation de compétitive. Plus important encore, le système de prise de décision qui prévaut au FMI rend presque impossible cette qualification, pourtant cela donnerait au moins des indices sur ce qui constitue une telle manipulation monétaire⁵².

Au FMI, le conseil d'administration est l'organe compétent pour traiter des manipulations monétaires⁵³, car il examine tous les aspects du travail du FMI, depuis les évaluations de la santé économique préparées chaque année par les services de

⁴⁷ Gouvernement du Canada, « Accord Canada–États-Unis–Mexique », *supra* note 19.

⁴⁸ *ACÉUM*, *supra* note 42, art 33.3. On notera toutefois dans les développements qui suivent que la compréhension du gouvernement canadien se doit d'être nuancée puisque certaines obligations de transparence relèvent du mécanisme de règlement des différends.

⁴⁹ Bergsten, *supra* note 23.

⁵⁰ Dufour, *supra* note 16 à la p 239.

⁵¹ Carreau, *FMI*, *supra* note 11 à la p 82.

⁵² Bergsten et Gagnon, *supra* note 24 à la p 11.

⁵³ Voir les *Statuts du Fonds monétaire international*, *supra* note 10, art XII:2-3.

l'institution pour tous les États membres jusqu'aux questions de politique économique qui concernent l'économie mondiale dans son ensemble⁵⁴. La pratique du consensus comme méthode de prise de décision empêche toute qualification de dévaluation comme concurrentielle puisque la simple opposition du pays concerné invalidera la décision⁵⁵. Même si un vote formel est demandé, la qualification d'une dévaluation comme compétitive serait à la merci des intérêts politiques en jeu. Par exemple, un pays comme la Chine, dont le pouvoir de vote au FMI atteint plus de 6 %⁵⁶, pourrait facilement mobiliser une opposition institutionnelle à une telle qualification⁵⁷.

Contrairement au FMI, le chapitre 33 de l'*ACÉUM* définit la dévaluation concurrentielle comme étant « les mesures entreprises par une autorité responsable des taux de change d'une Partie afin d'empêcher l'ajustement effectif des balances des paiements ou de s'assurer un avantage concurrentiel inéquitable sur le plan commercial vis-à-vis d'une autre Partie »⁵⁸. Il s'agit d'un grand pas en avant, car il sera plus facile de qualifier une dévaluation de compétitive en analysant les buts poursuivis par les mesures prises par l'autorité de change selon des critères objectifs. Cette définition est intéressante, car elle objective la dévaluation compétitive. En effet, elle est basée sur la théorie des effets, c'est-à-dire que la manipulation doit générer un gain commercial indu, plutôt que sur l'intention lorsqu'il s'agit d'interpréter les *Statuts du FMI*.

B. Manipulation des taux de change et politiques macroéconomiques

Dans l'article 33.4 de l'*ACÉUM*, les parties confirment qu'elles sont liées par les *Statuts du FMI* afin d'éviter la manipulation des taux de change. L'article ajoute également des obligations, notamment celles d'établir et de maintenir des taux de change déterminés par le marché, de s'abstenir de toute dévaluation compétitive et de poursuivre des politiques macroéconomiques saines⁵⁹. Ces engagements ressemblent toutefois aux « [o]bligations relatives aux régimes de change » contenues dans l'article IV des *Statuts du FMI*, et ne constituent donc pas en soi une innovation juridique à cet égard, d'autant plus que les obligations ne sont pas impératives⁶⁰. Il est toutefois intéressant que l'article oblige les parties à s'informer mutuellement lorsqu'une intervention a été effectuée sur la monnaie d'une autre partie à l'accord.

⁵⁴ « Governance Structure » (dernière consultation en mai 2021), en ligne : *International Monetary Fund* <www.imf.org/external/about/govstruct.htm>.

⁵⁵ Dufour, *supra* note 16 à la p 239.

⁵⁶ « IMF Members' Quotas and Voting Power, and IMF Board of Governors » (6 février 2022), en ligne : *International Monetary Fund* <<https://www.imf.org/en/About/executive-board/members-quotas>>.

⁵⁷ Bergsten et Gagnon, *supra* note 24.

⁵⁸ *ACÉUM*, *supra* note 42, art 33.1.

⁵⁹ Gouvernement du Canada, « Accord Canada–États-Unis–Mexique », *supra* note 19.

⁶⁰ Le mot « devrait » est utilisé au lieu du mot « doit », qui aurait imposé une plus grande obligation aux Parties (et en anglais, “should” au lieu de “shall”). En outre, cet article du chapitre 33 n'est pas soumis au mécanisme de règlement des différends.

C. Exigences de transparence

Les États-Unis, le Canada et le Mexique ont accepté de divulguer publiquement diverses données économiques, notamment les données mensuelles sur les réserves de change et les positions à terme, les interventions effectuées chaque mois dans le marché des changes au comptant et le marché des contrats de change à terme, les flux de capitaux de portefeuille trimestriels au titre de la balance des paiements, ainsi que les exportations et importations trimestrielles⁶¹. En outre, les parties ont convenu de la divulgation publique par le FMI de son rapport au titre de l'article IV sur leur pays respectif, ainsi que de la confirmation de la participation de chaque partie à la base de données du FMI sur la composition en devises des réserves de change⁶².

Comme il a déjà été dit, ces exigences de transparence étaient déjà respectées par les États-Unis, le Canada et le Mexique avant l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*. L'innovation de ce chapitre tient au fait que ces dispositions relatives à la transparence sont soumises au mécanisme de règlement des différends de l'ensemble de l'accord, à condition qu'une partie ait manqué à ses obligations de manière récurrente ou soutenue et qu'elle n'ait pas remédié à la situation lors de consultations préalables entre les représentants des États parties⁶³. Par conséquent, ces exigences de transparence sont pour la première fois exécutoires dans le cadre d'un accord international.

Bien que le chapitre 33 ait très probablement été inclus dans l'*ACÉUM* afin de servir de modèle aux futurs accords commerciaux pour garantir que les manipulations monétaires concurrentielles ne soient pas utilisées, il représente néanmoins une innovation importante dans le monde du commerce international⁶⁴. Il démontre la volonté de certains États d'inclure de plus en plus de questions non commerciales dans les accords de libre-échange afin de bénéficier des mécanismes de règlement des différends qu'ils contiennent généralement. Il reste à voir quelle sera la mise en œuvre de ce chapitre, si d'éventuelles violations d'obligations de transparence seront soumises au mécanisme de règlement des différends et, enfin, si ce texte sera effectivement reproduit dans les accords de libre-échange à venir. Dans tous les cas, il apparaît que si le souhait est de commercer sur la base de règles équitables, une meilleure prise en compte de l'externalité monétaire est souhaitable, car ni les États pris individuellement ni le système multilatéral tel qu'il existe actuellement⁶⁵ n'ont la capacité de répondre efficacement aux manipulations des changes.

⁶¹ *ACÉUM*, *supra* note 42, art 33.5.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *ACÉUM*, *supra* note 42, art 33.8.

⁶⁴ Bergsten, *supra* note 23.

⁶⁵ Pour une analyse analogue, voir Anif H Qureshi, « US Surveillance of Foreign currency exchange and Macroeconomic practices » (2021) 20:5 World Trade Review 690.