

Gouvernance dans la Zone: les maigres possibilités pour son équilibre institutionnel

Stephen Clarkson

Introduction¹

Ce texte prend comme *a priori* – d’ailleurs bien contestable en novembre 2003 – que les négociations intergouvernementales en cours vont réussir au point où un accord compréhensif sera signé par un nombre suffisant de pays dans l’hémisphère occidental pour qu’une Zone de Libre Échange des Amériques (ZLÉA) voie le jour dans un avenir assez proche. Or, supposer un éventuel consensus interétatique sur des normes économiques collectives ne présume pas la forme institutionnelle du nouveau régime hémisphérique qu’elles créeraient.

En principe, la structure en question devrait être déterminée par les fonctions prévues pour la nouvelle entité, mais l’histoire des institutions internationales nous démontre que bien des organisations fondées avec un mandat précis n’ont pas reçu les ressources institutionnelles adéquates pour réaliser leur mission.

Bien que nous baignions dans l’incertitude en ce qui concerne les règles qui seront incorporées dans la ZLÉA, nous pouvons quand même proposer deux grandes lignes d’une analyse prospective de cette problématique. Dans un premier temps, nous allons chercher à tirer les leçons de l’un des modèles régionaux concrets d’économies déjà intégrées sous l’égide d’un accord intergouvernemental (I). Dans un second temps, nous conclurons notre essai par des réflexions plus générales sur les perspectives d’une future ZLÉA(II).

I Les modèles régionaux

Réflexions préliminaires

S’il y a quelque chose à apprendre de la ZLÉA à partir d’une réflexion basée sur l’expérience historique de la gouvernance internationale, notre pensée sera plus rigoureuse si nous gardons à l’œil les distinctions classiques utilisées pour analyser les volets distincts d’un gouvernement national.

- Fonction législative. Mises à part les normes inscrites dans son accord fondateur, une organisation internationale (IO) dépourvue d’une capacité de s’adapter à ses futurs besoins imprévus se condamne à devenir de plus en plus incapable d’affronter de nouveaux défis. La législature de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) prend la forme d’une réunion biennale des ministres du commerce de ses États-membres. Étant donné que ceux-ci font leurs décisions par consensus, chaque État-signataire jouit en principe d’une vote de veto sur toute décision collective. Comme le monde vient de constater lors de la réunion ministérielle à Cancun en septembre 2003, une institution consensuelle arrive vite à la paralysie dès qu’il existe du désaccord en son sein.

- Fonction exécutive. Si la destinée à long terme d’une institution dépend de sa capacité législative, son sort à court terme dépend de sa capacité de prendre les décisions nécessaires à son fonctionnement quotidien. Le design d’un exécutif idéal pour une institution intergouvernementale ne s’est toujours pas réalisé. Par exemple, l’Organisation des nations

¹ Grâce à l’appui financier du Conseil de Recherches dans les Sciences Sociales et Humaines, ce chapitre se base sur interviews exécutés à Mexico et à Washington en février et avril, 2002. La traduction de la section I fut exécutée par Daphné Brunelle.

unies passe de crise en crise, sujette au lourd joug d'un Conseil de sécurité mal adapté aux problèmes du vingt-et-unième siècle.

- Fonction administrative. Il arrive souvent qu'une OI se vante d'une capacité administrative considérable. Tels est le cas des organisations internationales les plus réussies, tel le Fonds monétaire international.

- Fonction judiciaire. Au delà des fonctions déjà décrites, l'efficacité d'une OI dépend souvent de sa capacité de résoudre les conflits provoqués par les désaccords entre ses membres sur l'interprétation de ses normes. Si l'OMC domine la gouvernance globale actuelle, c'est à cause de son puissant système de règlement des différends.

- Fonction exécutoire. Aucune IO ne peut se flatter de la même capacité coercitive dont font preuve ses États-membres qui embauchent respectivement leurs propres forces policières et militaires qui garantissent l'exécution des lois, des règlements, et des jugements de ses cours..

C'est un lieu commun entre spécialistes de notre sujet que le caractère institutionnel de la deuxième génération du régionalisme à la fin du vingtième siècle peut se représenter le long d'une gamme. Située sur l'extrémité lourde de ce spectrum se trouve la forte institutionnalisation présentée par la pesante suprastructure supranationale et intergouvernementale de l'Union Européenne (UE) dont les décrets exécutifs et judiciaires sont directement exécutoires dans les systèmes politiques des pays membres. À l'extrémité légère de la même gamme se trouve l'Association des Nations du Sud-est asiatique (ANSEA) dont les institutions sont informelles et les normes sont exécutées à leur gré sur un plan volontaire par chaque pays-membre.

Selon cette perspective, les régimes continentaux qui fonctionnent déjà dans les Amériques – soient Mercosur en Amérique du Sud et l'Accord du Libre-Échange de l'Amérique du Nord (ALÉNA) – se situent à mi-chemin entre l'UE et l'ANSEA. C'est à dire que l'ALÉNA est vu comme doté d'institutions de puissance et de portée moyennes. Étant donné que l'architecture de la ZLÉA pourrait se modeler sur celle de l'ALÉNA, le reste de cette section explorera le bien-fondé de ce point de vue. Notre thèse veut, au contraire, que l'ALÉNA soit munie d'institutions tellement faibles qu'une ZLÉA basée sur son armature se trouverait dans une position tout aussi insignifiante à l'égard de l'OMC que ne l'est l'ALÉNA elle-même.

La structure politique que l'ALÉNA instaure en Amérique du Nord ignore toute création de pouvoir législatif, établit un pouvoir exécutif extrêmement faible, crée des mécanismes de règlements de différends inégaux et prévoit la mise sur pied d'une bureaucratie démesurée et inefficace. Nous allons maintenant reprendre ces éléments un à un.

Le pouvoir législatif

La constitution ne saurait être la source unique des normes adoptées sous un régime politique donné, car aucun document n'est en mesure de prévoir les adaptations et autres innovations normatives que les nouvelles circonstances sont susceptibles d'exiger. Dans les sociétés libérales démocratiques, c'est le pouvoir législatif qui est, par excellence, l'organisme public habilité à adopter les normes. Au niveau international, des parlementaires peuvent en tout temps s'assembler pour échanger des idées et débattre dans des forum interparlementaires, mais ils ne disposent pas de la compétence législative. Contrairement à l'OMC, où les négociations en cours durant le cycle de Doha serviront à établir de nouvelles règles de commerce au niveau mondial, l'ALÉNA ne dispose d'aucune instance par l'entremise de laquelle les normes et règlements actuellement en vigueur pourraient être adaptés aux changements de circonstances.

Dans l'hémisphère occidental, l'ALÉNA n'a joué aucun rôle dans l'émergence des nouvelles normes commerciales. À titre d'exemple, on peut citer la règle selon laquelle à partir du moment où le tarif sur un produit tombe à zéro, le commerce transfrontière dudit produit ne peut plus être assujéti à des mesures anti-dumping ou à des droits compensateurs. Cette règle est issue des négociations bilatérales entre le Canada et le Chili. L'exemple est révélateur, car il met en évidence l'incapacité normative de l'ALÉNA à s'adapter à des circonstances extérieures changeantes, avec le résultat que l'élaboration de nouvelles règles applicables à l'échelle du continent échoit à d'autres tables de négociations, en l'occurrence, aux comités qui négocient l'accord créant une Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA). Ces règles, à leur tour, auront préséance sur celles de l'ALÉNA, parce que l'ALÉNA n'aura été en mesure ni d'en formuler de nouvelles, ni d'exporter les siennes propres.

Le pouvoir exécutif

Il existe, en Amérique du Nord, des embryons d'exécutifs. La Commission conjointe internationale, par exemple, est une entité supranationale composée d'un exécutif bicéphale nommé par les gouvernements canadien et américain, qui lui procurent également un soutien financier. La CCI dispose de la pleine l'autonomie décisionnelle à l'intérieur des mandats qui lui sont confiés et qui portent sur la gestion des eaux le long de la frontière canado-américaine. Dans le même ordre d'idées, en matière de défense, le commandement de NORAD prend de son propre chef tout un ensemble de décisions exécutives, comme il est arrivé, le 11 septembre 2001, quand le responsable canadien des opérations a placé les forces aériennes des deux pays en état d'alerte. Mais parce que les signataires de l'ALÉNA voulaient à tout prix *éviter* de créer une quelconque instance supranationale dans la ligne de ce qu'avaient envisagé les architectes de l'UE, l'exécutif qu'ils ont mis sur pied ressemble plutôt au village de Potemkin, il est tout en façade.²

Aux termes de l'article 2001 paragraphe 2 de l'ALÉNA, la Commission du libre-échange :

- a) dirigera la mise en oeuvre du présent accord;
- b) supervisera son développement;
- c) réglera les différends (...);
- d) dirigera les travaux de tous les comités et groupes de travail institués en vertu du présent accord (...); et
- e) étudiera toute autre question pouvant affecter le fonctionnement du présent accord.

Selon l'article 2001 paragraphe 3, les pouvoirs de la Commission sont les suivants :

- a) instituer des comités, groupes de travail ou groupes d'experts, spéciaux, ou permanents, et leur déléguer des responsabilités;
- b) recourir aux avis de personnes ou de groupes privés; et
- c) prendre, dans l'exercice de ses fonctions, toutes autres dispositions dont les Parties pourront convenir.

Nonobstant le mandat qui lui a été confié, la Commission du libre-échange n'est pas une institution. Elle n'a pas de quartier général, ni d'employés, ni de secrétariat propre. En fait, la notion de "commission" est tout au plus un label qu'on accole aux réunions des trois ministres du Commerce. Selon le United States Trade Representative (le représentant au Commerce des États-Unis), ces rencontres ont "pour but d'évaluer l'application de l'accord, de régler toute

² Voir Robert Pastor, *Toward a North American Community: Lessons from the Old World for the New*, Washington D.C., Institute for International Economics, 2001, p. 73.

nouvelle dispute et de suivre le travail des nombreux comités mis sur pied pour résoudre des problèmes spécifiques décrits aux chapitres correspondant de l'accord. »³ La commission se réunit peu fréquemment, «selon les besoins, ou sur une base annuelle»,⁴ auxquels cas elle assume les tâches suivantes: (1) elle reçoit et adopte les rapports de travail de plusieurs douzaines de comités, groupes de travail ou groupes d'experts; (2) elle donne instruction aux fonctionnaires concernant les enjeux de la mise en oeuvre des normes de l'ALÉNA; (3) elle approuve les ententes intervenues sur des questions en suspens; (4) elle discute des affaires pendantes qui exigent un suivi au niveau ministériel; et (5) elle adopte des modifications techniques aux règlements de l'ALÉNA concernant les biens susceptibles d'être admis au traitement tarifaire favorable accordé par l'ALÉNA.⁵

L'accomplissement de cette dernière tâche nous mène à croire que la Commission du libre-échange, tout en étant investie d'un pouvoir d'exécution, pourrait aussi assumer un pouvoir de type législatif. Car, en principe, les trois ministres pourraient convenir d'amendements qui transformeraient de manière substantielle la réglementation nord-américaine mais, en pratique, ils n'ont manifesté aucun intérêt pour une initiative de ce genre.

Le pouvoir judiciaire

L'efficacité d'une constitution est nulle si elle ne dispose pas d'un mécanisme pour résoudre les disputes qui surgissent inévitablement lorsque des intérêts contraires s'affrontent à propos de l'interprétation de ses dispositions. Même si l'ALÉNA ne prévoit ni de cour de justice ni juges, l'accord n'en comprend pas moins trois mécanismes de règlement des différends: un pour résoudre des disputes d'ordre général concernant l'application de l'Accord (chapitre 20); un pour régler les conflits en matière de droits antidumping et compensateurs (chapitre 19), et un troisième pour recevoir une plainte déposée par un investisseur contre une Partie à l'accord (chapitre 11).

Chapitre 20 : Cadre général de règlement des différends

Le mécanisme continental de règlement des différends devait atténuer les conflits intergouvernementaux en les soumettant à des arbitres neutres qui appliqueraient des règles communes. C'est dans cet esprit que le chapitre 20 de l'ALÉNA prévoit la nomination de panels binationaux lorsque les Parties sont incapables de résoudre les conflits nés de l'application de l'accord. Bien que ce mécanisme ait pu sembler efficace au départ,⁶ les décisions récentes ont montré que la résolution des conflits passait obligatoirement par le recours à un jeu de coulisses politique. Par exemple, après qu'un panel eût rendu une décision favorable au Canada dans une affaire portant sur l'exportation de blé aux EUA, Washington a eu tôt fait de menacer le Canada de tenir une enquête séparée sur les exportations de blé canadien.⁷ L'affaire n'a été réglée qu'à partir du moment où le Canada, cédant à la pression des EUA, a accepté de limiter ses exportations.⁸ Si les décisions rendues en vertu du chapitre 20 ne parviennent pas à contenir la puissance exercée par les EUA et s'il est en quelque sorte futile pour un partenaire moins puissant d'avoir recours à un panel d'arbitres, alors un *gouvernement* continental n'est pas en mesure d'accorder à ses partenaires plus faibles les droits pour lesquels ils ont « payé » en engageant des négociations commerciales au point de départ.

³ R. Pastor, *op. cit.*, p. 73-4.

⁴ Voir: www.ustr.gov/regions/whemisphere/organizations.shtm1#trade

⁵ Ibid.

⁶ William J. Davey, *Pine and Swine* (Ottawa: The Centre for Trade Policy and Law, 1996), 65.

⁷ CDA-92-1807-01, Interpretation of Canada's Compliance with Article 701.3 with respect to Durum wheat sales.

⁸ W. Davey, *op. cit.*, p. 56.

Chapitre 19 : Les lois sur les sanctions commerciales

L'ALÉNA eût-il créé une véritable zone de libre-échange, ses membres auraient abandonné leur droit d'imposer des tarifs anti-dumping ou des droits compensateurs sur les biens en provenance des économies de leurs partenaires. Mais au lieu de souscrire à un véritable nivellement des barrières commerciales nationales afin de créer un seul marché continental, les EUA se consentaient de transférer à un tribunal binational l'audition en appel de leurs propres mesures protectionnistes; la juridiction d'un tel tribunal se limitant alors à établir si la décision d'un gouvernement de l'ALÉNA en matière de mesures anti-dumping ou de droits compensateurs était conforme à son propre droit commercial *interne*.

Le chapitre 19, dont on attendait qu'il soit un instrument contraignant et obligatoire, s'avéra décevant. Lorsque les droits compensateurs imposés par les EUA sur le bois d'oeuvre canadien furent condamnés parce qu'ils reposaient sur une interprétation incorrecte de la notion de subvention telle que définie en droit des EUA, le Congrès procéda tout simplement à modifier la définition en question pour la rendre applicable au cas canadien. À part le cas interminable du bois d'oeuvre, interminable parce qu'à ce jour les EUA n'ont pas réglé leur différend avec le Canada sur cette question, le Canada n'a toujours pas obtenu satisfaction dans les autres recours intentés en vertu du chapitre 19 contre les EUA. En 1993, par exemple, plusieurs renvois ont été faits dans cinq affaires, ce qui a conduit les panels à outrepasser les délais de manière importante. D'autres problèmes ont surgi à cause des divergences entre les décisions rendues par différents panels, divergences qui, à leur tour, étaient liées à la considération dans laquelle ces panels tenaient les administrations et les décisions qu'elles avaient prises.

Même si la jurisprudence en matière de mesures anti-dumping et de droits compensateurs s'est avérée inefficace pour contenir la puissance américaine, les états périphériques n'ont pas été épargnés pour autant. Les agences de commerce canadiennes ont dû prêter attention à l'interprétation que font les EUA des normes en matière de mesures anti-dumping et de droits compensateurs, parce qu'elles devaient prévoir ce qu'en diraient les panels binationaux à venir qui sont obligatoirement composés en partie de juristes américains.

Par ailleurs, contrairement aux modifications mineures auxquelles le Canada a dû se plier pour adapter ses lois sur les recours commerciaux aux exigences du chapitre 19, le Mexique a dû incorporer d'un seul trait un système complet de recours commerciaux dans son propre cadre juridique. Cette adaptation normative est d'autant plus extraordinaire que le Mexique opère sous un régime de droit civil, tandis que ses deux partenaires, à part le Québec, appartiennent au régime de la *common law*. Le Mexique a dû ainsi créer de toute pièce un ensemble de procédures judiciaires pour faire droit à l'exigence de ses partenaires pour qui leurs compagnies devaient être traitées là-bas de la même manière qu'elles l'étaient aux EUA et au Canada quand elles contestaient une décision de nature protectionniste.

Ainsi, la mise en application du chapitre 19 a un impact asymétrique, comme c'était le cas pour le chapitre 20. L'un comme l'autre ont peu de prise sur le pouvoir de la puissance dominante pour qui l'ALÉNA sert à imposer ses propres règles en périphérie. Lorsque ces mesures s'avèrent insuffisantes, Washington peut toujours mettre sa puissance économique en branle pour atteindre ses objectifs. Cependant, si les dispositions des chapitres 19 et 20 sont on ne peut plus faibles, celles du chapitre 11, en revanche, sont très exigeantes.

Chapitre 11 : Les différends entre investisseur et gouvernement

L'article 1110 prévoit qu'aucun gouvernement ne peut "directement ou indirectement nationaliser ou exproprier (...) ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement, si ce n'est: a) pour une raison d'intérêt public; b) sur

une base non discriminatoire; c) en conformité avec l'application régulière de la loi (...); et d) moyennant le versement d'une indemnité (...)"

Ce qui est remarquable à propos de cet article, ce n'est pas la formulation, qui est identique à celle de l'article correspondant de l'Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Canada (ALE) de 1988, mais plutôt le fait que sa mise en oeuvre, par suite d'une procédure judiciaire, conduit à accorder aux sociétés et compagnies des autres partenaires de l'ALÉNA, le pouvoir de renverser des législations qui sont issues des débats nationaux engagés autour des mécanismes de régulation indispensables pour assurer la santé et la sécurité des citoyens. En vertu de ces dispositions, une société des EUA ou du Mexique ayant des intérêts au Canada pourrait saisir un tribunal d'arbitrage supra-national d'un règlement municipal, d'une législation provinciale ou fédérale qui nuirait à ses intérêts sous prétexte que la mesure en question équivaut à une expropriation.

Ces disputes sont entendues devant un panel international qui fonctionne selon les règles établies par le Centre international de règlement des différends se rapportant aux investissements (CIRDI) de la Banque Mondiale, ou encore selon celles de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour résoudre les disputes entre sociétés au niveau international. Mais étant donné que ces tribunaux et panels appliquent les normes du droit commercial international, le mécanisme de règlement des différends prévu au chapitre 11 a dès lors pour résultat de transférer le pouvoir de décision sur les politiques gouvernementales depuis le droit public vers le droit privé d'une part, depuis le niveau interne ou national vers le niveau continental, d'autre part.

L'article 1110 de l'ALÉNA accorde aux sociétés transnationales (STN) des droits importants sans contrepartie, c'est-à-dire sans obligations à remplir. Il n'y a dès lors aucune institution continentale en mesure de réguler, de lever des impôts, ou même de surveiller le marché continental en émergence. En d'autres termes, l'ALÉNA, loin d'envisager la mise en place d'une nouvelle structure institutionnelle, instaure un nouveau type de gouvernance à l'échelle continentale en réduisant la capacité des gouvernements à contrôler les STN qui disposent, ce faisant, d'une plus grande marge de manoeuvre et de moyens légaux pour remettre à leur place des gouvernements récalcitrants.

D'ailleurs, ce sont les tribunaux d'arbitrage mis sur pied en vertu du chapitre 11 qui ont pris l'initiative de produire un droit *supra* constitutionnel nouveau. C'est ainsi que les poursuites intentées par Ethyl, S.D. Meyers et Metalclad Corps. ont eu pour effet d'*invalidier* des législations ou des réglementations adoptées en bonne et due forme par les autorités compétentes du Canada et du Mexique. Dans le premier cas, le gouvernement fédéral canadien a décidé de régler l'affaire hors cour et de retirer du feuilleton la loi interdisant le commerce de la neurotoxine MMT, après qu'Ethyl Corp. de la Virginie lui eût intenté une poursuite en vertu du chapitre 11. Dans le deuxième cas, le tribunal d'arbitrage a jugé que la loi fédérale interdisant l'exportation de BPC était une mesure qui équivalait à une expropriation pour cette entreprise de traitement des ordures ménagères et ce, même si elle n'avait qu'une présence symbolique sur place étant donné que son usine de traitement se trouvait aux EUA. En accréditant l'idée que S.D. Meyers avait été victime d'une "mesure équivalant à l'expropriation", le tribunal a abrogé une loi fédérale et, ce faisant, il a changé la définition de l'expropriation en vigueur jusque là en droit canadien. Dans le troisième cas, le tribunal a jugé illégale la décision prise par une municipalité du Mexique de fermer un site d'enfouissement de déchets industriels. Comme on le voit, l'efficacité du mécanisme de règlement des différends prévu au chapitre 11 est en grande partie liée au fait que les règles et procédures appliquées par le CIRDI et par la CNUDCI sont désormais transposées dans le

droit interne. On voit alors à quel point les décisions rendues sous l'empire du chapitre 11 mettent en évidence la capacité de l'ALÉNA à produire du droit nouveau.

Mais, en dernière analyse, il faut souligner que ce sont les gouvernements eux-mêmes qui, en le sanctionnant, assurent l'efficacité du mécanisme de règlement des différends prévu à l'ALÉNA, une constatation qui est loin d'être réconfortante quand on cherche à prendre la pleine mesure d'un déficit démocratique de cette ampleur. Or, comme c'est encore et toujours la Commission du libre-échange qui a pleine juridiction pour "interpréter" les dispositions du chapitre 11, si la commission agissait en ce sens, les tribunaux seraient bien obligés d'en tenir compte. C'est ce que le gouvernement canadien a tenté de faire en soumettant un Protocole d'entente visant à modifier le mécanisme de règlement des différends, ce à quoi le Mexique s'est opposé, prétextant que c'était précisément le niveau de protection accordé aux droits d'un investisseur étranger qui représentait un élément déterminant dans l'attrait qu'un pays peut exercer, position qui a eu pour effet immédiat de bloquer le consensus. C'est ainsi que le Protocole d'entente final sur lequel les trois Parties se sont entendues lors d'une rencontre de la Commission du libre-échange le 31 juillet 2001 a plutôt porté sur la définition du terme "droit international" à l'article 1105,⁹ une clarification qui aura probablement peu d'effet.

La bureaucratie

Bien que l'ALÉNA n'ait pas prévu de secrétariat commun, un secrétariat national a été mis sur pied par le Mexique, par les EUA et par le Canada, qui consiste, pour ce dernier, en une officine logée au ministère du Commerce qui assume la tâche somme toute mineure d'archiver et de garder tous les rapports et documents ayant rapport avec le libre-échange. En plus de prêter assistance à la Commission du libre-échange, "le secrétariat de l'ALÉNA gère les processus de règlements des différends prévus aux chapitres 14, 19 et 20 de l'ALÉNA, tout en assumant des responsabilités en lien avec les dispositions du chapitre 11 sur le règlement des différends. Chaque section nationale maintient un registre des panels, des comités et des procédures devant les tribunaux."¹⁰

L'Annexe 2001.2 de l'ALÉNA prévoit la création de vingt comités et groupes de travail (CGT) qui ont pour tâche de surveiller et d'orienter la mise en oeuvre de l'accord¹¹. Ces comités n'ont pas de statut supranational, sinon un statut intergouvernemental et résolument *professionnel*. Ce sont des lieux où les fonctionnaires des ministères du commerce des trois pays échangent des informations, résolvent des disputes mineures et délibèrent des libéralisations à venir. Leur structure et leur composition devaient, au départ, favoriser l'analyse objective et la prévention des disputes grâce à la formation de petits réseaux d'experts. On s'attendait à ce que les communautés épistémiques ainsi constituées traiteraient des problèmes qui leur étaient soumis de manière objective et qu'elles concentreraient leurs efforts sur les manières de tirer bénéfice à long terme de l'accroissement de l'activité économique pour les trois partenaires, au lieu de s'attarder sur les incidences politiquement délicates des dislocations induites par l'ALÉNA dans le court terme.

À la vérité, le statut *professionnel* des comités aurait dû conforter un mode de fonctionnement *apolitique*. En effet, tandis que la direction politique du programme de travail de l'ALÉNA devait être assumée par les ministres agissant par l'entremise de la Commission du libre-échange, les comités quant à eux devaient être à l'abri des interférences politiques directes dans leurs activités quotidiennes. C'est ainsi que l'idée de multiplier les CGT, formés chacun

⁹ Selon le Protocole d'entente, "Droit international" doit désormais s'entendre comme "droit international coutumier".

¹⁰ Voir: www.ustr.gov/regions/whemisphere/organizations.html#trade

¹¹ Cependant, le nombre total de ces comités ne peut être établi avec certitude puisque les comités existants peuvent, à leur tour, en nommer d'autres.

de fonctionnaires issus d'agences et de ministères différents, choisis en fonction de leur maîtrise des dossiers — que ce soit en matière de pesticides, de transport routier ou de douanes— trouve tout son sens car, en mettant les comités et groupes de travail à l'abri des trois espaces politiques, cela aurait dû faciliter la mise en oeuvre des règles de l'ALÉNA.

La dimension *trilatérale* de la réflexion et de l'action des groupes de travail est intimement liée à leur statut professionnel, puisqu'ils avaient précisément été mis sur pied pour "trilatéraliser" des relations qui, jusqu'alors, avaient été systématiquement conduites deux à deux. En tant que forums trilatéraux, ces CGT devaient alors chercher à désamorcer les conflits bilatéraux et fournir les moyens de transcender le bilatéralisme traditionnel qui avait prévalu en matière commerciale tout au long de l'histoire des trois pays.

Cependant, le trilatéralisme repose sur la *symétrie* en tant que passage obligé vers l'établissement d'une nouvelle relation continentale fondée sur le principe de l'égalité juridique des Parties. Pour y arriver, il faudrait pouvoir compter sur une direction tripartite et sur une représentation à peu près paritaire à l'intérieur de chaque comité et groupe de travail. À ces conditions, la dimension à la fois professionnelle, trilatérale et symétrique des CGT pourrait représenter une innovation majeure pour les relations nord-américaines. Quant à savoir si cette innovation a eu l'effet utile prévu, c'est une autre histoire.

Activités et fonctionnement des comités et groupes de travail

Les mandats des CGT varient considérablement d'un cas à l'autre, tout comme leurs responsabilités et fonctionnement. La plupart des groupes sont engagés dans des activités assez diverses que l'on peut regrouper en cinq catégories :

- (1) la mise en oeuvre ou la surveillance de la mise en oeuvre de l'ALÉNA;
- (2) l'échange d'informations sur le suivi de l'accord et la formulation d'ententes débouchant sur des énoncés trilatéraux, activités qui comptent parmi les principales de ces comités et groupes;
- (3) la résolution de conflits de faible intensité;¹²
- (4) l'harmonisation des règlements;¹³
- (5) la transmission d'informations entre les gouvernements et les parties intéressées;

Grâce aux rapprochements effectués entre personnels des gouvernements et intervenants du secteur privé, les CGT favorisent l'établissement de nouvelles relations entre les deux réseaux. Les activités du Sous-comité des normes de télécommunications (SCNT) illustrent bien ce fait, car une de ses responsabilités est de coordonner les échanges d'informations avec le *Consultative Committee for Telecommunications* (TCC), une organisation qui représente les intérêts de l'industrie des télécommunications en Amérique du Nord. Ainsi, depuis 1999, aux membres du SCT, formé de deux ou trois fonctionnaires des gouvernements des pays membres de l'ALÉNA, s'adjoignent le président et vice-président du CCT qui participent à toutes les réunions du comité dans le but de fournir les informations et desiderata formulés par les communautés d'affaires des trois pays.

¹² On peut relever les cas suivants: l'augmentation des tarifs mexicains sur l'importation des oies surgelées canadiennes et les canards surgelés américains, de même que l'application d'un tarif de transformation par les EUA sur l'importation de certains textiles canadiens.

¹³ Par exemple, le Groupe de travail sur les règles d'origine devait « développer des règlements communs pour établir l'interprétation détaillée, l'application et l'administration des Règles d'origine » qui sont essentielles à la réalisation des objectifs économiques de l'ALÉNA. Ce groupe de travail était l'un des plus actifs durant l'année 2002; c'est lui qui a adapté sept règles d'origine pour les rendre conformes au Système harmonisé de l'Organisation mondiale des douanes .

Deux cas d'intégration asymétrique en Amérique du Nord: le camionnage et le marché de l'énergie:

L'activité des comités et groupes de travail est réduite et plus de la moitié d'entre eux avaient cessé leurs opérations en 2002. En règle générale, si le mandat confié s'avère trop litigieux, le comité devient rapidement inopérant, comme il est arrivé pour tous ces comités qui se sont vus confier des mandats sur des enjeux non résolus uniquement pour ne pas retarder indûment la signature de l'accord.¹⁴

Ceci étant, nous allons introduire deux exemples passablement révélateurs de comités qui n'ont pas pu fonctionner à l'intérieur de la structure institutionnelle de l'ALÉNA, celui du camionnage et celui de l'énergie.

1. Le cas de la dispute américano-mexicaine à propos du camionnage:

Lors des négociations de l'ALÉNA, les EUA avaient accepté de mettre un terme aux restrictions imposées de longue date aux entreprises mexicaines de camionnage qui voulaient opérer à l'intérieur du pays. En conséquence, le gouvernement accepte de lever progressivement le moratoire et de permettre aux camions mexicains d'obtenir leur permis d'opérations. La levée devait débiter le 16 décembre 1995 et se terminer avant le 1^{er} janvier 2000. Entre temps, les ministres canadien et mexicain signent de leur côté des Protocoles d'entente accordant le même accès aux camionneurs mexicains et canadiens dans les deux pays. Or, ni Mexique ni les Etats-Unis n'accordent à ce jour d'accès complet aux camions des uns et des autres, parce que les restrictions ont été maintenues par l'administration Clinton à cause des pressions exercées par de puissants lobbies. Ainsi, les syndicats de camionneurs américains prétendent que les camions mexicains ne respectent pas les normes de sécurité américaines. Quant à l'enjeu financier, il est considérable: l'industrie frontalière de camionnage transporte l'équivalent de 250 milliards de dollars US par année. Si les camionneurs américains transportaient moins de biens, les parts en bourse et les profits des compagnies baisseraient. En 1995, le gouvernement mexicain a acheminé une demande de règlement de différend aux termes du chapitre 20. Après moult délais, la décision a été rendue en février 2001 et le panel a jugé que le moratoire était contraire à l'ALÉNA et a ordonné au département du Transport de considérer d'agir en conséquence.

Cet échec reflète les carences des comités et groupes de travail. Le Sous-comité des normes relatives au transport terrestre, établi en vertu du chapitre 9 de l'ALÉNA, devait se pencher sur la question de la compatibilité des normes pour l'opération des camions, des autobus et des trains à l'intérieur des EUA, du Mexique et du Canada. En conformité avec ce mandat, le sous-comité a créé un *Cross-Border Operations and Facilitation (TCG#1) Consultative Working Group* pour traiter plus particulièrement du cas américano-mexicain, mais sans résultat.¹⁵ Au surplus, ces problèmes s'intègrent depuis peu aux préoccupations des autorités américaines à l'égard de la sécurité.

Les ramifications politiques de la dispute représentent l'obstacle le plus important au bon fonctionnement du sous-comité. Cependant, les choses pourraient changer depuis que l'administration Bush a décidé de s'en mêler. En novembre 2002, le Président Bush a amendé le moratoire interdisant de donner le droit d'opération aux véhicules mexicains et a demandé

¹⁴ Par exemple, le Groupe de travail sur les mesures de commerce établi en vertu du chapitre 19 avait été créé pour permettre à Ottawa de sauver la face, puisque l'objectif principal du Canada lorsqu'il avait sollicité un accord de commerce avec Washington était d'éliminer l'application de mesures anti-dumping et des droits compensateurs américains sur les exportations canadiennes. Ce groupe est actuellement inactif, comme on pouvait s'y attendre.

¹⁵ La seule activité du groupe a été la convocation d'une réunion du groupe gouvernemental et industriel trilatéral *ad hoc* formé en 2000 par le TCG #1.

au département du Transport de passer en revue les 130 candidatures déjà reçues de compagnies de camions et d'autobus domiciliées au Mexique. Ce n'est donc pas le sous-comité qui est en passe de résoudre la dispute, mais la Maison blanche.

2. Le cas de l'énergie dans la relation américano-mexicaine:

L'énergie est, surtout depuis l'épisode de la nationalisation du pétrole durant la présidence de Lazaro Cardenas (1934-1940), un sujet litigieux dans les relations entre les EUA et le Mexique. Selon la constitution mexicaine, le pétrole et l'électricité sont des ressources publiques qui ne peuvent pas être exploitées par le capital étranger. Cela n'a pas empêché le Président Vicente Fox d'adopter, en mai 2001, une série de mesures visant la libéralisation du marché de l'énergie, mesures qui ont, par la suite, été invalidées par la Cour Suprême mexicaine.

Le Mexique a la deuxième plus importante réserve de pétrole brut dans l'hémisphère ouest, après le Venezuela, et *Petroleos Mexicanos* (Pemex) a exporté 1,4 millions de tonnes de pétrole par jour aux EUA en 2000, la plaçant au quatrième rang des fournisseurs étrangers des EUA. Le Président Bush voit le Mexique comme une source essentielle d'énergie dans les secteurs du pétrole et du gaz; il est dès lors anxieux d'accroître l'intégration entre les deux pays.

Le marché de l'énergie représente 3 pour cent du PNB du Mexique, 8 pour cent de toutes ses exportations, et il génère plus d'un tiers du revenu en impôts du gouvernement central. Mais comme les Mexicains considèrent que leurs ressources énergétiques font partie du patrimoine national, le maintien de la nationalisation de l'industrie pétrolière, en particulier, est un des symboles les plus puissants de l'exercice de la souveraineté. Inquiets devant la menace de pertes d'emplois, les syndicats de travailleurs de l'électricité, qui comptent plus de 100 000 membres et qui disposent de 40 pour cent des sièges au conseil d'administration, sont contre la privatisation de l'énergie. C'est dans un tel contexte que les EUA, soucieux d'incorporer le Mexique au vaste marché continental de l'énergie, dont fait déjà partie le Canada, exercent de jour en jour plus de pressions pour arriver à leurs fins.

Le 22 avril 2001 à Québec, les ministres de l'énergie des trois pays ont mis sur pied un Groupe de travail sur l'énergie nord-américaine¹⁶ afin d'approfondir la complémentarité continentale en matière d'énergie et « de promouvoir la communication et la coopération parmi les gouvernements et les secteurs de l'énergie des trois pays sur des sujets reliés à l'énergie, et d'accroître l'échange d'énergie en Amérique du Nord ainsi que les interconnexions appropriées à l'atteinte d'un développement soutenable au bénéfice de tous. » C'est le statut à la fois important et controversé de l'énergie pour les trois gouvernements impliqués qui explique pourquoi un groupe trilatéral de fonctionnaires de l'énergie n'a pas été établi, comme on l'a fait dans les autres domaines.

La réémergence des comités et groupes de travail

Certains comités et groupes de travail ont repris du service, comme le Comité sur les mesures normatives, le Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires et le Groupe de travail sur l'admission temporaire; d'autres ont été mis sur pied en 2002, sur les pesticides et sur la santé des animaux, notamment. Parmi les facteurs qui contribuent à ce regain d'activité, le plus déterminant est sans conteste la volonté politique. Dans la foulée des événements du 11 septembre 2001 et depuis la sanction du concept de « frontière intelligente » entre les EUA, le Canada et le Mexique, le sous-groupe de travail sur les douanes du Groupe de travail sur les règles d'origine s'attarde essentiellement aux problèmes de sécurité aux frontières.

¹⁶ *North American Electricity Working Group* (NAEWG).

En somme, les CGT mis en place en vertu de l'ALÉNA ont été peu utilisés. Ce résultat est imputable en grande partie à l'incompatibilité entre la nature trilatérale, professionnelle et collégiale des groupes de travail et la réalité bilatérale, politique et asymétrique qui caractérise les relations du Canada et du Mexique avec leur puissant voisin. En pratique, les enjeux so-disant continentaux s'avèrent doublement bilatéraux, ce qui rend les groupes inefficaces et mal adaptés pour résoudre les conflits ou pour discuter des nouveaux problèmes qui émergent. De plus, nombre de problèmes ont une portée politique immédiate, et ne peuvent pas être résolus par des entités administratives. Ces réalités bilatérales et politiques constituent un sérieux obstacle à la formation d'institutions continentales actives et efficaces.

Les comités et groupes de travail constituent le gros de la structure bureaucratique de l'accord. Ils travaillent en coulisses, ils sont peu visibles aux yeux du public et ils servent soit à résoudre des conflits hors de la sphère publique, soit à les enterrer dans un océan de paperasse, de sorte que, si la bureaucratie de l'ALÉNA est sans doute plus efficace que son "pouvoir exécutif", elle ne représente pas vraiment une solution aux problèmes politiques continentaux.

L'ALÉNA face à la crise

La gouvernance nord-américaine a été mise à rude épreuve par suite des événements du 11 septembre 2001. Cependant les institutions de l'ALÉNA ne semblent pas avoir joué de rôle dans la résolution des conflits consécutifs à la tragédie. Lorsque les EUA, pris de panique, ont fermé leurs frontières et ainsi complètement paralysé le marché continental, aucune réunion de la Commission du libre-échange, le pouvoir exécutif de l'ALÉNA, n'a été envisagée. Et même lorsque Washington a décidé de renforcer la sécurité dans les aéroports, dans les ports, ainsi qu'aux frontières avec le Canada et avec le Mexique, aucun sommet trinational spécial de chefs d'État et de gouvernement n'a été convoqué.

L'espace continental a continué d'être géré comme auparavant. Alors que les leaders des deux pays voisins avaient apporté leur soutien aux EUA, il paraissait clair, dès le départ, que la réponse à la crise viendrait des EUA seuls, et que le Canada et le Mexique n'auraient qu'à se conformer ou non aux exigences de Washington. C'est ainsi qu'Ottawa a participé à l'élaboration de la Déclaration et du Plan d'action en trente points sur la frontière intelligente, en décembre 2001, tandis que, de l'autre côté, sur la frontière sud, les EUA et le Mexique négocieront un "*Mexico-U.S. Border Security Plan*" somme toute passablement différent. Il n'y avait aucun groupe gouvernement trilatéral qui étudiait le dossier.

Il semble donc clair maintenant que l'ALÉNA n'a pas réussi et ne réussira pas à consolider un mécanisme de prise de décision véritablement continental. Bien au contraire, nous sommes aujourd'hui plus que jamais aux prises avec une gestion duale des relations américano-canadiennes d'un côté et des relations américano-mexicaines, de l'autre, une gestion qui permet à Washington de garder la main haute sur ses deux voisins.

Le pouvoir politique dans le Nouveau Monde n'a *pas* subi de transformation fondamentale avec l'ALÉNA. Les EUA sont toujours au centre des rapports de force et cette position assure leur domination incontestée. Le contraste avec une UE plus intégrée, plus symétrique et contrôlée par l'ensemble de ses membres, est frappant. Contrairement à ce qui s'est passé avec l'UE, l'autorité politique n'a pas été repensée et reconstituée dans la foulée de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA. La souveraineté à l'échelle continentale est encore et toujours inscrite à l'ombre de l'unilatéralisme appliqué par les hommes politiques en poste à Washington, qui sont – sous le régime de George Bush plus que jamais -- des adversaires

invétérés d'une gouvernance globale dont les fondements risqueraient d'être placés en dehors de leur contrôle.

Nous pouvons maintenant réfléchir sur la signification pour la ZLÉA de la lacune institutionnelle de sa cousine nord-américain.

II Prognostique sur la Zone

Les leçons principales à tirer des premières dix ans de l'expérience institutionnelle de l'ALÉNA se divisent en deux groupes de problèmes: les intérêts des États-signataires et la dynamique communautaire du nouvel ensemble inter-étatique.

Intérêts d'État

La force institutionnelle d'une nouvelle organisation internationale dépend grandement de la volonté de ses créateurs de lui céder une part de leur souveraineté individuelle.

Cette volonté dépend à son tour de plusieurs facteurs. Plus le mandat de la future OI s'est vu comme urgent et capital, plus on lui cèdera de puissance. Même si les progéniteurs potentiels estiment leur création d'une grande importance, ils pourraient refuser de lui octroyer les ressources nécessaires à son bon fonctionnement s'ils craignent souffrir de cette nouvelle gouvernance.

Le danger de ne pas se tirer d'affaire dans la nouvelle IO s'aggrave si un État est trop grand ou s'il est trop petit. Trop grand, une puissance hégémonique ne voudra pas se voir lier les mains dans une organisation qui pourrait lui dicter des actions qu'elle considère nuisible à ses intérêts. Trop petit, un pays mineur ne voudra pas non plus être l'objet de décisions d'une collectivité dans laquelle il n'a qu'un poids infime. Au milieu de l'échelle de pouvoir, les puissances moyennes ont le plus grand intérêt à participer dans IO qui leurs offrent une place à la table décisionnelle où elles peuvent réduire l'assymétrie de pouvoirs dont elles souffrent quand elles négocient sur un plan bilatéral avec l'hégémon.

Ce calcul d'assymétrie explique la raison pour laquelle le Canada comme périphérie et les États-Unis comme centre n'ont pas voulu, ni l'un ni l'autre, créer un ALE avec institutions fortes en 1987. L'addition du Mexique au système d'intégration en 1993 n'a pas changé les bases du calcul, ce qui a mis en relief l'énorme différence entre l'ALÉNA et l'UE. En Europe, le moins grand écart en puissance entre les plus grands États-membres d'une part et les plus petits de l'autre a fait en sorte que tous ont trouvé avantageuse une cession considérable de leur souveraineté afin de former une communauté intégrant des institutions solides.

Cette réflexion nous mène à déduire qu'une éventuelle ZLÉA a peu de chances de se voir dotée d'institutions plus fortes que celles de l'ALÉNA. Bref elle risque de se trouver condamnée à l'impuissance institutionnelle dès le départ.

Dynamique communautaire

Une collectivité d'États doit se créer d'en haut et aussi d'en bas. La genèse d'en haut peut se concrétiser dans l'action d'une puissance dominante, telle la Prussie qui a formé pendant la première moitié du dix-neuvième siècle une Allemagne unie grâce à sa force militaire. Mais une entité créée par la force a peu de chances de survie si elle n'affiche pas à long terme une volonté communautaire à la base.

Si on regarde l'hémisphère occidental à partir de cette optique, on peut voir tout de suite que les intérêts des États-Unis à forger une entité économique tricontinentale ne priment pas sur leurs intérêts en matière de rapports économiques avec l'Europe ou avec l'Asie. La doctrine Monroe fut toujours une approche réactive: les Américains s'intéressaient à exclure toute puissance qui tentait de rivaliser avec leur impérialisme de ce qu'ils estimaient être leur sphère d'influence. Ils n'avaient jamais élaboré une politique proactive par laquelle ils s'inséreraient comme le gérant de tout l'espace du pôle nord jusqu'au pôle sud.

Les Yankees se considéraient ciblés par le nationalisme latino-américain avec son paradigme protectionniste —donc implicitement anti-américain — d'industrialisation par voie de substitution des importations. Surtout depuis la révolution néo-conservatrice, Washington, ainsi que les OI qu'il contrôlait, tel le FMI et la Banque mondiale, prêchaient les vertus du marché libéré et voulaient bien que leur modèle politico-économique s'exporte. Mais l'impérialisme américain au tournant du vingtième-et-unième siècle s'abstenait de participer directement dans la politique de sa zone d'influence. L'intérêt américain s'exprime dans les pays latins comme ailleurs par le biais de l'activité des succursales locales de ses corporations transnationales. Il suffit d'un système de résolution des conflits au delà duquel l'oncle Sam.s'appuiera sur ses propres muscles économiques, culturels, idéologiques, et —en cas de besoin— militaires.

Il s'avère donc peu probable que Washington veuille s'impliquer plus étroitement dans une politique intergouvernementale qui comporterait comme contrepartie une voix latino-américaine capable d'influer sur les politiques américaines.

Également, bien que les pays de l'Amérique latine s'intéressent grandement à augmenter leur part du marché américain, il n'en est pas moins vrai que bien des pays de l'Amérique du Sud maintiennent des relations aussi importantes tant culturelles qu'économiques avec l'UE y compris avec leur ancien métropole, soit l'Espagne, soit le Portugal. Pris dans une ambiguïté chronique, les pays latins du Nouveau monde continueront de regarder Washington simultanément avec désir et méfiance. Vouloir s'intégrer plus dans son marché ne veut pas dire vouloir participer plus activement avec lui dans des institutions multilatérales où la dominance de l'anglais exprime la triste réalité que les latino-américains sont les personnes subordonnées dans le groupe.

Ainsi, il y a peu de raisons pour s'attendre à ce que l'architecture d'une éventuelle Zone de Libre Échange des Amériques soit suffisamment forte pour assurer sa survie comme communauté régionale capable de s'affronter ses futurs défis collectifs.